

**LAURA ANDREA ANAYA QUINTERO**  
**JESSICA ANDREA CRUZ FINO**

**ARBITRABILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR:**  
**estudio desde la perspectiva del arbitraje comercial internacional.**  
**(Tesis de grado)**

**Bogotá D.C., Colombia**  
**2018**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**RECTOR:**

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

**SECRETARIA GENERAL:**

Dra. Martha Hinestrosa Rey

**DIRECTORES DE DEPARTAMENTO:**

Dr. Ramiro Bejarano Guzmán  
Dr. Ernesto Rengifo García

**CODIRECTORES DE TESIS:**

Dra. Daniela Corchuelo Uribe  
Dr. Diego Guzmán Delgado

**PRESIDENTE DE TESIS:**

Dr. Ramiro Bejarano Guzmán

**EXAMINADORES:**

Dr. Manuel Guerrero Gaitán  
Dr. Jimmy Rojas Suárez

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos a nuestra casa de estudios, la Universidad Externado de Colombia, por abrir espacios fuera del aula de clase que enriquecieron nuestra formación como abogadas y en donde encontramos la inspiración para el objeto de esta investigación.

También a todas aquellas personas que con sus aportes hicieron que este trabajo fuera posible. En especial, queremos agradecer a los profesores Diego Guzmán Delgado y Daniela Corchuelo Uribe, directores de esta tesis, por su dedicación, por estar siempre dispuestos a brindarnos su tiempo y por sus valiosos comentarios.

Finalmente, a nuestras familias porque su apoyo incondicional nos ha permitido llegar hasta aquí y nos sigue impulsando todos los días.

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>RESUMEN</b>	7
<b>ABSTRACT</b>	7
<b>INTRODUCCIÓN</b>	8
A. Delimitación del tema	8
B. Justificación del tema	8
C. Plan de desarrollo	9
 <b>CAPÍTULO I</b>	 10
<b>ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	10
A. CARACTERÍSTICAS	10
B. MODALIDADES	12
1. ARBITRAJE <i>AD HOC</i>	13
2. ARBITRAJE INSTITUCIONAL	14
C. PRESUPUESTOS	16
1. INTERNACIONALIDAD	16
2. COMERCIALIDAD	18
D. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PACTO	21
1. NULIDAD	23
2. INEFICACIA	25
3. INAPLICABILIDAD	28
E. ARBITRABILIDAD	33
1. ARBITRABILIDAD OBJETIVA	33
2. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA	37
F. CONSIDERACIONES	38
 <b>CAPÍTULO II</b>	 40
<b>DERECHO DE AUTOR</b>	40
A. OBJETO DE PROTECCIÓN	40
B. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR	48
1. DERECHOS MORALES. Características y reconocimiento.	48
a) PATERNIDAD	53

b) INTEGRIDAD	55
c) DERECHO AL INÉDITO	59
d) RETRACTO Y MODIFICACIÓN	61
2. DERECHOS PATRIMONIALES	62
a) REPRODUCCIÓN	63
b) DISTRIBUCIÓN	64
c) COMUNICACIÓN PÚBLICA	65
d) TRANSFORMACIÓN	67
3. DERECHO DE SEGUIMIENTO	69
C. NATURALEZA JURÍDICA	71
D. CONSIDERACIONES	76
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>78</b>
<b>ARBITRABILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR</b>	<b>78</b>
A. VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS MORALES DE AUTOR	78
B. LEY APLICABLE	79
1. AL INICIO DEL PROCESO ARBITRAL ANTE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO <i>COMPETENCE-COMPETENCE</i>	80
2. AL DEMANDAR ANTE UNA CORTE NACIONAL, A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UN PACTO ARBITRAL	82
3. EN LA FASE DE CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO	83
4. HACIA LA UNIFICACIÓN DE LA LEY APLICABLE	84
C. CRITERIOS NACIONALES PARA DETERMINAR LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA	91
1. EL ORDEN PÚBLICO	92
2. DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS EN LITIGIO	102
3. CARÁCTER PATRIMONIAL DE LA CONTROVERSIA	109
4. EL CASO COLOMBIANO	113
D. CONSIDERACIONES FINALES	116
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>120</b>
A. LIBROS Y MONOGRAFÍAS	121
B. ARTÍCULOS	123
C. TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	127

D. LEGISLACIONES NACIONALES	127
E. JURISPRUDENCIA	131
F. REGLAMENTOS DE CENTROS DE ARBITRAJE	135

## **RESUMEN**

El arbitraje comercial internacional se ha convertido en el foro más usado para resolver controversias internacionales. La confianza que se ha venido depositando en este medio ha significado la ampliación progresiva de las diferencias que pueden someterse a arbitraje. Por eso, asuntos que hace varias décadas eran competencia exclusiva de las cortes nacionales, actualmente pueden ser conocidos por un tribunal privado desligado de cualquier jurisdicción estatal. A pesar de lo anterior, los derechos morales de autor no han tenido la misma suerte. En efecto, se ha considerado que no son arbitrables por varios factores: su supuesta naturaleza jurídica, regulación en normas imperativas, carácter inalienable y falta de contenido económico. Sin embargo, un estudio adecuado de estos derechos, así como de la arbitrabilidad, arroja una conclusión opuesta. Dicho análisis se compone de dos partes. En primer lugar, se evidencia la necesidad de que durante el proceso se evalúe la arbitrabilidad conforme al orden público verdaderamente internacional. En segundo lugar, se expone que en la fase de control judicial del laudo deben aplicarse los criterios de arbitrabilidad incorporados en las legislaciones domésticas: orden público, disponibilidad y patrimonialidad. En ambos casos, las pretensiones sobre derechos morales pueden resolverse vía arbitral.

## **ABSTRACT**

International commercial arbitration has become the most popular forum to solve international disputes. As confidence in this ADR method has increased, so has the number of issues that can be submitted to arbitration. That explains why matters that decades ago were under the exclusive jurisdiction of national courts, nowadays can be settled by a private tribunal, untied from any national legal system. Nevertheless, moral rights are one of those issues that have had a different fate. It is considered that they are a nonarbitrable matter because of several factors: their supposed legal nature, their regulation in imperative provisions, their inalienability and their lack of economic content. However, a proper analysis of these rights and of the nonarbitrability doctrine, allows a different conclusion. The study is divided in two parts. In the first one, the need of evaluating the arbitrability using transnational rules, at least during the process, is shown. In the second one, it is explained that the different national arbitrability rules -public policy, free disposition and economic interest- must be applied during the judicial control of the arbitral award. In both scenarios claims about moral rights are capable of settlement by arbitration.

# INTRODUCCIÓN

## A. Delimitación del tema

No hay duda de la importancia que hoy reviste para el desarrollo económico y cultural la propiedad intelectual en sus dos vertientes, la propiedad industrial y el derecho de autor. La protección jurídica de las creaciones intelectuales humanas es una herramienta que ha demostrado ser vital para incentivar la creatividad y la investigación. De esta manera, los países que ofrecen mejores garantías del respeto a las normas que amparan el ingenio humano suelen ser aquellos que gozan de mayor innovación en el ámbito artístico, literario, tecnológico y científico.

Al tiempo que ha crecido la preocupación de los Estados por regular la materia, también ha aumentado la conciencia de las personas sobre la necesidad de que sus creaciones se encuentren protegidas. Esto ha generado un incremento de las reclamaciones sobre derechos de propiedad intelectual, demandas que en ocasiones trascienden las fronteras nacionales.

Por lo anterior, es fundamental analizar los mecanismos que tienen los titulares de estos derechos para hacerlos efectivos. La justicia ordinaria es una opción, aunque no siempre la más eficaz. De ahí que deban estudiarse otros instrumentos de solución de conflictos. Entre ellos se destaca el arbitraje comercial internacional, por haberse convertido en el foro natural para resolver controversias internacionales<sup>1</sup>. Sin embargo, no todos los asuntos son susceptibles de ser resueltos por un tribunal arbitral, en otras palabras, no todos son arbitrables. Esta investigación se centra en la arbitrabilidad de la materia que en la actualidad es tal vez más problemática: los derechos morales de autor.

## B. Justificación del tema

El derecho de autor otorga al creador facultades de orden moral y patrimonial. Sobre estas últimas no hay discusión acerca de la posibilidad de someter los conflictos relacionados con ellas a arbitraje. En cambio, tratándose de los derechos morales, la doctrina ha rechazado con vehemencia su arbitrabilidad plena, reconociendo solamente en los últimos años la posibilidad de arbitrar sus aspectos económicos.

De cara a la tendencia hacia la ampliación de la arbitrabilidad objetiva y teniendo en cuenta la importancia creciente del derecho de autor en las relaciones comerciales, deben reevaluarse los argumentos que han llevado a concluir esta aparente prohibición. En esa medida, este estudio pretende demostrar que todas las disputas sobre derechos morales son arbitrables. Cuestión que no solo es trascendental por la resistencia que ha suscitado en la doctrina, sino también porque el

---

<sup>1</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2010, p. 35.



estudio de las facultades morales ha quedado relegado frente al de las patrimoniales, restándole importancia a la impronta que el autor busca dejar en su obra.

### **C. Plan de desarrollo**

Para cumplir el objetivo planteado, esta tesis se divide en tres capítulos. En el primero se tratan las generalidades del arbitraje comercial internacional, esto es, sus características, modalidades, presupuestos y requisitos de validez del pacto arbitral, haciendo énfasis en la arbitrabilidad objetiva. El segundo capítulo está dedicado al derecho de autor. Se desarrollan los aspectos principales de esta rama de la propiedad intelectual que tienen repercusiones sobre la arbitrabilidad. Así, se examina su objeto, contenido y naturaleza jurídica. Esta última es de especial relevancia pues se ha entendido que las facultades morales son derechos de la personalidad que, por tanto, no son arbitrables. No obstante, este razonamiento ha sido superficial<sup>2</sup>. Un estudio de las características de los derechos morales permite afirmar que no son derechos de la personalidad del autor, de modo que este argumento resulta insuficiente para descartar su arbitrabilidad.

Finalmente, en el tercer capítulo se toman en consideración las bases sentadas en los dos primeros, para abordar específicamente la arbitrabilidad de los derechos morales. Este último capítulo, a su vez, se divide en dos partes. En la primera, tras evidenciar la gran inseguridad jurídica que conlleva la aplicación de distintas leyes para evaluar la arbitrabilidad dependiendo de la etapa procesal, se demuestra que es posible usar un único estándar durante todo el proceso. En la segunda, atendiendo a lo previsto en la Convención de Nueva York, se explican los criterios de arbitrabilidad de las distintas legislaciones nacionales, por ser estos los que deben utilizarse ante un recurso de anulación o una solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo. La interpretación que se hace de estos criterios busca estar más acorde con los principios del arbitraje internacional. Todo lo anterior sirve para confirmar que las diferencias sobre derechos morales son susceptibles de ser resueltas por árbitros sin que esas decisiones estén en riesgo de perder eficacia.

---

<sup>2</sup> Vale la pena mencionar que incluso ha habido discusión acerca del sometimiento de los derechos de la personalidad a arbitraje. Sin embargo, este debate desborda los fines del presente trabajo. Para mayor información, véase CORDERO, Clara. Los Mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad. *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Madrid: Iprolex. 2013, Nº 1, Vol. 6, pp. 71-110.

# CAPÍTULO I

## ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El reconocimiento del arbitraje comercial internacional mecanismo como un medio idóneo para poner fin a las controversias relacionadas con la propiedad intelectual ha sido paulatino. En lo concerniente al derecho de autor, si bien se acepta el uso del arbitraje internacional para resolver cuestiones relacionadas con los derechos patrimoniales, ha habido resistencia a considerar lo mismo en cuanto a los derechos morales. El estudio de las generalidades de este mecanismo voluntario<sup>3</sup> de resolución de conflictos es imprescindible para refutar esta última consideración. En esa medida, este primer capítulo aborda los aspectos generales del arbitraje internacional que tienen incidencia en el objeto de esta tesis. Se analizan sus características, sus modalidades y presupuestos. También se examinan los requisitos de validez del pacto arbitral y la arbitrabilidad.

### A. CARACTERÍSTICAS

El arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos por excelencia en el ámbito comercial. Para la comunidad nacional e internacional se erige como el método idóneo para resolver las controversias que de estas actividades se deriven<sup>4</sup>. Mediante este mecanismo, las personas involucradas en un conflicto defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual le pondrá fin a través de un laudo arbitral que tiene los mismos efectos que una sentencia judicial -presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada-.

En la esfera internacional, el arbitraje reviste aún mayor importancia por el aumento de relaciones jurídicas que traspasan las fronteras. El incremento de transacciones comerciales debido al desarrollo de economías globalizadas también se traduce en un aumento de los litigios en estas materias. En la búsqueda de soluciones más eficientes, el arbitraje se ha convertido en uno de los medios de mayor popularidad<sup>5</sup>, pues sus características resultan muy atractivas para las partes en conflicto.

Una de las características fundamentales del arbitraje es que está regido por el principio de autonomía de la voluntad. Como quiera que son las partes quienes consienten en ir a arbitraje y en las condiciones en las que lo harán, se afirma que este mecanismo tiene una génesis

---

<sup>3</sup> Es un medio voluntario porque las partes consienten ir a un arbitraje a través de un pacto arbitral. No es un medio alternativo porque no hay un juez natural, pues las controversias internacionales no están atadas a una jurisdicción específica.

<sup>4</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL. Arbitraje Internacional [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017]. Disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>

<sup>5</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2ª edición. Kluwer Law International, 2014, § 1.03.

convencional<sup>67</sup>. Así, los involucrados pueden escoger el centro que administrará el arbitraje -en caso de que sea institucional-, el tribunal arbitral que resolverá la controversia, las leyes sustanciales que deberán tener en cuenta los árbitros, e incluso, las reglas que regirán el procedimiento. Esta flexibilidad del proceso arbitral permite que las partes mantengan sus relaciones comerciales y facilita que puedan llegar a un acuerdo<sup>8</sup>.

La segunda característica del arbitraje es que permite la escogencia de árbitros con los conocimientos técnicos requeridos por el litigio. Las partes estarán interesadas en que sus controversias sean resueltas por expertos, por lo cual tendrán la posibilidad de escoger a quienes consideren mejor calificados. En la medida en que el tribunal arbitral sea experto en la materia objeto del litigio, normalmente se obtendrán soluciones acordes con la práctica internacional y, por tanto, más justas y duraderas en el tiempo<sup>9</sup>. Ello, a diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria, en donde existe el riesgo de que el juez del reparto no tenga los conocimientos especializados necesarios para adoptar una solución adecuada.

En tercer lugar, normalmente el procedimiento arbitral también se distingue por ser más célere que los procesos judiciales. Esta afirmación se fundamenta en varias razones: (i) el proceso arbitral es de única instancia y la procedencia del recurso de anulación es excepcional; (ii) el plazo para dictar un laudo es sustancialmente inferior al plazo para obtener una sentencia en firme<sup>10</sup>; (iii) es común que exista congestión en los órganos jurisdiccionales; y (iv) el hecho de que el tribunal sea experto en la materia objeto de controversia permite que se resuelva sin mayor vacilación. La rapidez de las soluciones que otorgan los árbitros responde muy bien a las exigencias del tráfico comercial, de ahí que, en términos de costo/beneficio, el arbitraje sea un mecanismo menos costoso que la justicia ordinaria.

Otra nota distintiva del arbitraje es la neutralidad, vista desde tres perspectivas: los árbitros que integran el tribunal arbitral, la ley aplicable y el lugar donde se adelantará el arbitraje. En cuanto

---

<sup>6</sup> CAIVANO, Roque. La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. *Revista de Derecho Privado*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. Edición especial 2012, pp. 4-5.

<sup>7</sup> "Por ser el arbitraje un mecanismo de origen privado para la resolución de conflictos, es necesario indicar que el pacto arbitral constituye el único soporte de la competencia de los árbitros para dirimir las controversias surgidas entre las partes que han celebrado dicho pacto. La redacción del pacto arbitral determina el radio o alcance de la competencia de los árbitros para dirimir la controversia entre las partes. Por ello, los árbitros no pueden exceder el ámbito de dicha competencia, so pena de que el laudo arbitral sea anulado o su reconocimiento y ejecución sean denegados por las cortes competentes, debido a la extralimitación de funciones en la que dichos árbitros puedan incurrir." TALERO. Op. Cit., pp. 85-86.

<sup>8</sup> GANDÍA, María. *El Arbitraje frente a los Litigios Internacionales en Materia de Propiedad Intelectual: La Arbitrabilidad y la Adopción de Medidas Cautelares*. Valencia: Aranzadi, 2014, p. 36.

<sup>9</sup> Ibid, p. 31.

<sup>10</sup> El artículo 31 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), por ejemplo, dispone que el plazo para dictar el laudo final es de seis meses. En Colombia, el artículo 121 del Código General del Proceso establece que el juez tendrá un año prorrogable hasta por seis meses para resolver en primera o única instancia. Este plazo generalmente no se cumple, pero aunque se cumpliera, es tres veces mayor que el contemplado por el reglamento de la CCI.

al primer aspecto, las partes que se encuentran en medio de una disputa pueden provenir de lugares con tradiciones jurídicas y culturales diferentes, de modo que para cumplir con las expectativas de ambas conviene escoger un panel de árbitros que reconozca y entienda tal diversidad<sup>11</sup>. Asimismo, es deseable acogerse a una ley ajena a la de las jurisdicciones de las personas involucradas, de manera que no se favorezca a ninguna en particular. Adicionalmente, se debería elegir un país distinto de aquel de la nacionalidad de las partes o de sus negocios habituales, para evitar que alguna de ellas pueda influenciar de manera indebida la decisión<sup>12</sup>.

Por último, el arbitraje internacional se caracteriza por su privacidad y confidencialidad. La privacidad consiste en que los terceros no pueden tener acceso a las audiencias celebradas. Por su parte, la confidencialidad se refiere a que los terceros no pueden acceder al expediente<sup>13</sup> y, además, al deber legal que tienen las partes de abstenerse de discutir con dichos terceros temas relacionados con el arbitraje<sup>14</sup>. Así entonces, si al demandante le interesa que su litigio tenga un gran impacto mediático, es preferible acudir a la justicia ordinaria. Lo propio sucede cuando sea necesario establecer un precedente jurisprudencial, ya que, por su carácter reservado, los laudos no crean ni siguen precedente alguno.

En suma, el ejercicio del comercio internacional no está exento de que se presenten conflictos. El arbitraje internacional surge como respuesta a las demandas de los operadores del comercio, quienes buscan ponerle fin a sus controversias por fuera de los tribunales ordinarios, al margen del territorio de los involucrados y por personas expertas en la materia objeto de litigio. Así, este mecanismo constituye una de las vías más utilizadas para la resolución de disputas en la práctica comercial internacional, teniendo en cuenta que el arbitraje procura proveer una solución que se ajuste a las necesidades de las partes.

## **B. MODALIDADES**

Una vez expuestas las características del arbitraje comercial internacional, es importante explicar las maneras en las cuales se puede adelantar este mecanismo. Dependiendo de las preferencias de las partes, pueden elegir entre el arbitraje *ad hoc* o el arbitraje institucional. Estas modalidades son acordadas en el pacto arbitral y su diferencia radica en si se cuenta o no con el apoyo administrativo de un centro de arbitraje.

---

<sup>11</sup> TALERO, Santiago. *Arbitraje comercial internacional: instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, p. 25.

<sup>12</sup> COOK, Trevor y GARCÍA, Alejandro. *International Intellectual Property Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, pp. 27-28.

<sup>13</sup> TALERO. Op. Cit., p. 26.

<sup>14</sup> BORN. Op. Cit., p. 88.

## 1. ARBITRAJE *AD HOC*

El arbitraje *ad hoc*, también denominado arbitraje no administrado, es aquel en el que los sujetos en conflicto depositan su confianza en una o varias personas que por su prestigio personal cuentan con la aceptación de las partes. Esta confianza puede deberse tanto a la experticia que tengan en la materia objeto de la controversia, como a cuestiones de respeto y honorabilidad<sup>15</sup>.

En esta modalidad de arbitraje las partes siempre pueden establecer las reglas aplicables específicamente a la resolución de su controversia, de manera que el procedimiento responda a sus especiales características. Las reglas pueden ser las que estructuren las partes y/o los árbitros. También pueden hacer referencia a un sistema normativo existente (como el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-) que le dé mayores garantías al trámite arbitral<sup>16</sup>.

Por otro lado, puede afirmarse que el arbitraje *ad hoc* presenta ventajas respecto del arbitraje institucional. Primero, garantiza en mayor medida la confidencialidad del proceso, toda vez que solo las partes y el tribunal arbitral conocen la controversia. Por lo tanto, hay menor probabilidad de filtraciones indeseadas. Segundo, es menos costoso, pues los honorarios se determinan al margen de las tarifas que establecen las instituciones y se ahorran los costos de la administración. Tercero, proporciona un amplio margen de libertad a los sujetos en conflicto para que designen los árbitros que decidirán su controversia. En el arbitraje institucional, en cambio, suele suceder que los reglamentos contemplen los criterios para la elección de los árbitros, que no siempre son adecuados<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta forma de arbitraje también tiene desventajas. El inconveniente más común que se presenta al optar por el arbitraje *ad hoc* es que una parte realice maniobras dilatorias para entorpecer el proceso. Además, en los casos en los que las partes deciden elaborar sus propias reglas de juego, es probable que ocurran imprevistos para los cuales no se pactó una solución<sup>18</sup>, como el fallecimiento o la incapacidad de un árbitro. Ello puede dificultar la obtención de una solución rápida del litigio.

Para evitar que esto ocurra, es conveniente aplicar al arbitraje el reglamento de alguna institución arbitral, eso sí, procurando que el reglamento escogido sea el que mejor se adecúe a la controversia. Diversas instituciones arbitrales tienen cláusulas modelo para las partes que quieran que sus reglamentos apliquen a sus conflictos. Por ejemplo, la CCI pone a disposición la siguiente cláusula:

---

<sup>15</sup> CALDERÓN, Gonzalo. Arbitraje Comercial Internacional. *Derecho PUCP*. 1986, Vol. 40, p. 122.

<sup>16</sup> TALERO. Op. Cit., p. 50.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ, José. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, 2008, Vol. XXIII, p. 73.

<sup>18</sup> TALERO. Op. Cit., p. 52.

"[t]odas las desaveniencias que se deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros conforme a este Reglamento"<sup>19</sup>.

## 2. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En contraposición al arbitraje *ad hoc*, en el arbitraje institucional se elige a una institución arbitral que organiza, controla y administra el trámite arbitral. En ocasiones, cuando las partes acuden a un centro de arbitraje deben seguir las reglas de procedimiento establecidas en el reglamento de la institución. Así lo contempla el Reglamento de Arbitraje de la CCI<sup>20</sup> y el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima<sup>21</sup>. Otras veces existe la posibilidad de pactar reglas distintas. Ello ocurre en los reglamentos de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)<sup>22</sup>, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>23</sup> y de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile<sup>24</sup>.

En esta modalidad se cuenta con un grupo de funcionarios que aseguran el desarrollo adecuado del procedimiento, pues realizan todas las labores administrativas<sup>25</sup>. Lo anterior, sumado a la seguridad que brinda contar con unas reglas procedimentales casi que omnicomprensivas,

---

<sup>19</sup> CALDERÓN. Op. Cit., p. 123.

<sup>20</sup> “**Artículo 19. Normas aplicables al procedimiento.** El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”. Cámara de Comercio Internacional. Reglamentos de arbitraje y de ADR (amicable dispute resolution). 1998.

<sup>21</sup> “**Artículo 20. Normas aplicables a las actuaciones arbitrales.** Las actuaciones ante el Tribunal Arbitral se rigen por este Reglamento y, a falta de disposición, por las reglas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen, pudiendo recurrir a principios, usos y costumbres en materia arbitral”. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Reglamento de Arbitraje. 2017.

<sup>22</sup> “**R-1 Acuerdo entre las partes. a)** [...] Las partes, mediante acuerdo por escrito, pueden variar las reglas de procedimiento establecidas en este reglamento. Luego de la designación de los árbitros, dichas modificaciones solo podrán hacerse con el consentimiento de estos [...]” [Traducción propia]. Asociación Americana de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje Internacional. 2013.

<sup>23</sup> “**Artículo 3.1. Definiciones y ámbito de aplicación. 2.** Cuando: **a.** Las partes hayan acordado por escrito someter una controversia que ha surgido o pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro; y, **b.** El arbitraje referido en la letra a) anterior sea un arbitraje internacional, en los términos de la ley 1563 de 2012 y de carácter comercial. Dicho arbitraje será conducido de conformidad con este Reglamento, salvo en lo modificado por las partes. **3.** Las partes de un arbitraje conducido de conformidad con este Reglamento podrán modificarlo de común acuerdo y por escrito, excepto en lo dispuesto por los artículos 3.5, 3.6, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14, 3.21 y 3.39”. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Reglamento General. 2017.

<sup>24</sup> “**Artículo 1. Definiciones y ámbito de aplicación. [...] 2.** Cuando las partes hayan acordado por escrito someter una controversia que ha surgido o pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual a arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM Santiago, dicho arbitraje será conducido de conformidad con este Reglamento, salvo en lo modificado por las partes”. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Reglamento de Arbitraje Internacional. 2006.

<sup>25</sup> TALERO. Op. Cit., p. 53.

propician un ambiente que impide de forma más eficiente la realización de maniobras que puedan dilatar el proceso<sup>26</sup>.

Además, el arbitraje institucional ayuda a cumplir con la característica de neutralidad de los árbitros. En los reglamentos se establecen procedimientos de recusación que permiten a las partes manifestar su inconformidad con la elección. Por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la OMPI dispone que “[t]odo árbitro podrá ser recusado por una de las partes si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”. De esta forma se garantiza que no se favorezca a ninguna de las partes.

Por otro lado, la principal desventaja que tiene el arbitraje administrado es su alto costo<sup>27</sup>. Sin embargo, si se tienen en cuenta sus virtudes, vale la pena considerar este mecanismo. Como ya se ha mencionado, esta modalidad de arbitraje resuelve los problemas que se puedan presentar con las normas de procedimiento, también controla la neutralidad de los árbitros y facilita la infraestructura para el desarrollo del trámite arbitral. Incluso, al menos en los arbitrajes administrados por la CCI, se realiza un control formal del laudo<sup>28</sup> que disminuye la probabilidad de futuras anulaciones.

Adicionalmente, es importante resaltar que a nivel internacional el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI es la única institución que provee servicios de solución alternativa de controversias especializado exclusivamente en conflictos relacionados con la propiedad intelectual. De ahí que este Centro sea un referente a nivel mundial<sup>29</sup> y sea deseable someter a su conocimiento las disputas derivadas de derechos morales de autor. Debe anotarse que, según las estadísticas presentadas por la OMPI para el año 2017, solo el 9% de los arbitrajes sometidos a la administración de su Centro han tratado sobre derecho de autor. Sin embargo, no existen informes de que se hayan llevado casos acerca de derechos morales<sup>30</sup>.

En resumen, puede afirmarse que ambas formas de arbitraje conservan los beneficios que hicieron que este mecanismo surgiera como una de las herramientas más útiles para la solución de controversias mercantiles de carácter internacional. No obstante, existen diferencias entre ellas. El

---

<sup>26</sup> CALDERÓN. Op. Cit., p. 122.

<sup>27</sup> TALERO. Op. Cit., p. 53.

<sup>28</sup> “**Artículo 34. Examen previo del laudo por la Corte.** Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.”

<sup>29</sup> MONTESINOS, Ana. El Arbitraje en Materia de Propiedad Intelectual. En: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2013, N° 1, p. 34.

<sup>30</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *WIPO Caseload Summary*. WIPO Mediation, Arbitration, Expert Determination Cases and Good Offices Requests. [Fecha de consulta: 9 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>

arbitraje *ad hoc* garantiza en mayor medida la confidencialidad del proceso, implica menores costos económicos y le da a los sujetos en conflicto un amplio margen de maniobra respecto del procedimiento; pero propicia que se presenten mayores dilaciones. Mientras tanto, el arbitraje institucional pone a disposición de las partes una infraestructura que facilita los trámites administrativos, permite asegurar de mejor manera la neutralidad y previene maniobras dilatorias, aunque conlleva costos más elevados. Así pues, las dos modalidades presentan bondades e inconvenientes, de modo que la escogencia de una u otra dependerá de las preferencias y necesidades de los involucrados.

## C. PRESUPUESTOS

Agotadas las formas en las que se puede adelantar el trámite arbitral, se deben explicar las condiciones requeridas para que los litigios puedan ser resueltos efectivamente mediante este mecanismo. El arbitraje no está pensado para todo tipo de controversias, a pesar de que con el tiempo se haya ido ampliando su ámbito de aplicación a diversas ramas del derecho. Para efectos de esta tesis, solo se hará referencia al arbitraje comercial internacional. Por eso, es necesario estudiar los presupuestos de este tipo de arbitraje, a saber, que sea internacional y que la controversia sea comercial.

### 1. INTERNACIONALIDAD

El primer presupuesto que se debe cumplir para que la controversia pueda ser dirimida a través de arbitraje internacional es, desde luego, la internacionalidad. Para determinar si un arbitraje es internacional, las distintas legislaciones proveen criterios de internacionalidad. En este sentido, el carácter internacional del arbitraje dependerá de lo establecido por la *lex arbitri*<sup>31</sup>.

Normalmente, las legislaciones nacionales toman como referencia los criterios de internacionalidad establecidos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional -en adelante Ley Modelo-. El numeral 3) del artículo 1º contempla cinco criterios

#### **Artículo 1. Ámbito de aplicación. [...]**

##### **3) Un arbitraje es internacional si:**

---

<sup>31</sup> La *lex arbitri* o ley de la sede es la ley que gobierna el arbitraje. Se trata de “un cuerpo de reglas que impone un estándar externo a la cláusula arbitral y al querer de las partes para la conducción del arbitraje. La ley que gobierna el arbitraje contiene reglas referidas a la posibilidad disponer medidas cautelares (por ejemplo, órdenes judiciales para la preservación o el almacenamiento de bienes), reglas que le permiten a las Cortes tomar medidas para asistir un arbitraje que está teniendo dificultades (como llenar la vacante en la composición de un tribunal arbitral, en los casos en donde no hay otro mecanismo) y reglas acerca del ejercicio de supervisión que las Cortes realizan sobre la jurisdicción arbitral (por ejemplo, remover un árbitro por mala conducta)” [Traducción propia]. REDFERN, Alan *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford University Press, 2015, p. 167.



a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, [...]

Así sucede cuando al celebrar un contrato de licencia sobre algún derecho patrimonial de autor, una parte tiene su lugar de negocios<sup>32</sup> en Estados Unidos, pero su contraparte lo tiene en Colombia.

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

Siguiendo el ejemplo *supra*, este criterio de internacionalidad se presentaría si ambos contratantes tienen su lugar de negocios en Estados Unidos, pero el arbitraje se adelantara con sede en Suiza.

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; [...]

Este numeral trae dos hipótesis de internacionalidad. En relación con la primera, aun cuando las partes tengan sus negocios en Estados Unidos y el arbitraje se adelante allí, si el contrato de licencia de derechos patrimoniales autoriza al licenciataria a distribuir obras en Suiza, el arbitraje se considerará internacional. Ello, toda vez que el cumplimiento sustancial de la obligación de distribuir se realiza en un país diferente de Estados Unidos.

En cuanto a la segunda hipótesis, el arbitraje será internacional en el evento en el que, por ejemplo, la controversia surja porque el licenciataria incumplió el contrato al distribuir ejemplares de la obra en México, teniendo autorización para hacerlo únicamente en Estados Unidos. En este caso, el lugar con el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha está por fuera del lugar en el que las partes tienen su lugar de negocios.

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Finalmente, si ninguno de los tres criterios explicados anteriormente se cumple, la Ley Modelo le da la posibilidad a las partes de pactar expresamente que el arbitraje será internacional.

Como se anticipó, los ordenamientos jurídicos toman como base los criterios explicados. Atendiendo al criterio legislativo de cada país, es común que se añadan o supriman algunas hipótesis. Es el caso del Estatuto Arbitral colombiano, cuyo artículo 62 no se refiere a “establecimiento” o “lugar de negocios”, sino a domicilio; no contempla que el arbitraje sea

---

<sup>32</sup> La versión en inglés de la Ley modelo de la CNUDMI se refiere a “*places of business*”.

internacional cuando el lugar del arbitraje sea diferente al del establecimiento de las partes, ni la posibilidad de que estas manifiesten su deseo de que el arbitraje sea internacional. En cambio, incluye el evento en el cual “la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional”<sup>33</sup>.

## 2. COMERCIALIDAD

El segundo presupuesto es la comercialidad. Definir el carácter comercial del arbitraje no ha sido fácil. Esto se debe, por un lado, a que la división entre los asuntos civiles y comerciales solo existe en los ordenamientos jurídicos de tradición continental y, por otro, a que el concepto de “comercial” puede variar dependiendo del Estado al que se refiera. Es por ello que dicha noción debe definirse a la luz del arbitraje internacional y no recurriendo a cada legislación doméstica.

Si bien a nivel internacional no existe un instrumento que defina el término “comercial”, el pie de página del artículo 1° de la Ley Modelo establece que debe darse una interpretación amplia a esta expresión. Con ello se busca abarcar las cuestiones que se plantean en todas las relaciones comerciales, sean contractuales o no. A su vez, proporciona una lista apenas enunciativa de relaciones jurídicas que deberían considerarse comerciales, entre las cuales menciona cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, construcción de obras, concesión de licencias, acuerdo o concesión de explotación y transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Sobre este punto, en el comentario analítico del texto de la Ley Modelo presentado por la Secretaría General de la CNUDMI en el 18° periodo de sesiones de la Asamblea General<sup>34</sup>, se señaló que, de hecho, la no inclusión de una definición de comercialidad no fue fortuita. Aunque hubiera sido ideal delimitar el concepto, no se pudo encontrar ninguna definición que separara claramente las relaciones comerciales de las que no lo son. No obstante, tampoco se consideró adecuado dejar la decisión de qué sería comercial a cada Estado en particular, así que como solución intermedia se incluyó una lista no exhaustiva de relaciones comerciales<sup>35</sup>. Esta lista buscó excluir, antes que

---

<sup>33</sup> Ley 1563 de 2012.

<sup>34</sup> Informe del Secretario General de la CNUDMI en su 18° período de sesiones, 25 de marzo de 1985: Comentario Analítico sobre el Proyecto de Texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/264), ¶ 16, 18 y 19.

<sup>35</sup> “El contenido de la nota a pie de página refleja el propósito legislativo de interpretar el término comercial con amplitud. Este deseo de que la interpretación sea amplia se encuentra apoyado por una lista ilustrativa de relaciones comerciales. Aunque los ejemplos enumerados abarcan casi todos los tipos de situaciones, que se sabe que han dado lugar a controversias en las que han entendido tribunales de arbitraje comerciales internacionales, la lista, por deseo expreso, no es completa. En consecuencia, también se consideran operaciones comerciales, por ejemplo, el suministro de energía eléctrica, el transporte de gas licuado a través de gasoductos, e incluso las “operaciones no transaccionales” tales como las demandas por daños y perjuicios que se planteen en un contexto comercial”. Ibid, ¶ 18.

nada, conflictos laborales y de consumo, dejando un gran margen de maniobra en el concepto de comercialidad para efectos del arbitraje comercial internacional.

Así, la definición de comercial según la Ley Modelo es mucho más amplia que la que se maneja en cada legislación nacional. En efecto, “la expresión ‘arbitraje comercial’ no implica que necesariamente la cuestión sometida a arbitraje deba ser ‘comercial’ en el sentido que a tal expresión se suele dar en los países de la familia romano germánica que aún distingue entre obligaciones (o contratos) civiles y comerciales<sup>36</sup>”. Entonces, una controversia relacionada con un contrato de arrendamiento de obra cuyo objeto sea la elaboración de una escultura es comercial de acuerdo con la Ley Modelo, pese a que en varias legislaciones<sup>37</sup> este sea un negocio típicamente civil.

En contraste, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) le otorga a los Estados la posibilidad de realizar una “reserva comercial” para que dicha convención solo aplique a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. No son pocos los países que han hecho uso de esta facultad. Entre ellos se encuentran Estados Unidos, Canadá<sup>38</sup>, Argentina, China, India y Ecuador.

Por lo tanto, en principio, para el arbitraje comercial internacional no son determinantes conceptos nacionales. Sin embargo, al momento del reconocimiento y ejecución del laudo en estos Estados empiezan a cobrar relevancia. Así, si la controversia objeto de arbitraje no se considera comercial según el derecho interno de los países que hayan hecho reserva, el reconocimiento y ejecución del laudo se tendría que realizar mediante el procedimiento dispuesto por la legislación interna de cada Estado.

Para delimitar qué debe considerarse comercial, normalmente los países acuden a dos criterios. Uno subjetivo, donde lo fundamental es que el acto haya sido realizado por un comerciante. Otro objetivo, según el cual hay actos que por su propia naturaleza son clasificados como comerciales. Así ocurre en Ecuador, en donde el Código de Comercio “rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”<sup>39</sup>. El artículo 2° del mismo Código señala que son comerciantes quienes

---

<sup>36</sup> RIVERA, Julio. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. 2ª edición. Argentina: Abeledo Perrot, 2014, p. 11.

<sup>37</sup> El contrato de arrendamiento de obra ha sido desarrollado en los Códigos Civiles de varios países. Por ejemplo, los artículos 1588 y siguientes del Código Civil español, los artículos 2053 y siguientes del Código Civil colombiano, los artículos 1930 y siguientes del Código Civil ecuatoriano.

<sup>38</sup> Aplica en todas las provincias, menos en Quebec.

<sup>39</sup> Artículo 1° Código de Comercio.

“teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual” y el artículo 3º contiene una lista taxativa de actos de comercio<sup>40</sup>.

Por otro lado, en China la noción de comercialidad es incluso más amplia que la ofrecida por la Ley Modelo. El comunicado de la Corte Suprema Popular sobre la implementación de la Convención de Nueva York emitido el 10 de abril de 1987 define una relación comercial como

una relación de derechos y obligaciones económicas surgidas de contratos, responsabilidad extracontractual u otras disposiciones legales, tales como disputas acerca de la venta de bienes, arrendamientos, contratos para proyectos, trabajo de procesamiento, transferencia de tecnología, *equity joint ventures*, *cooperative joint ventures*, exploración y explotación de recursos naturales, seguros, crédito, mano de obra, agencia, servicios de asesoramiento, cuestiones marítimas, aviación civil, transporte terrestre de personas o mercancía, responsabilidad por producto defectuoso, contaminación ambiental, accidentes marítimos, y titularidad de propiedad, excluyendo controversias entre inversionistas extranjeros y los gobiernos de países anfitriones<sup>41</sup>.

Como puede observarse, se consideran comerciales cuestiones relacionadas con mano de obra y responsabilidad por producto defectuoso, materias que en la Ley Modelo quedaron excluidas. Esto evidencia, además, que la reserva comercial hecha por el Estado chino al ratificar la Convención de Nueva York no limita las posibilidades de que se use este tratado para reconocer y ejecutar un laudo por razones de derecho interno.

---

<sup>40</sup> “**Artículo 3º.** Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

1. La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, mas no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieran comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias.
2. La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil;
3. La comisión o mandato comercial;
4. Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;
5. El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico;
6. El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;
7. El seguro;
8. Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aun entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza.
9. Las operaciones de banco;
10. Las operaciones de correduría;
11. Las operaciones de bolsa;
12. Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;
13. Las asociaciones de armadores;
14. Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;
15. Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y,
16. Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.”

<sup>41</sup> SUN, Wei y WILLEMS, Melanie. *Arbitration in China*. Kluwer Law International, 2015, p. 32.

Así las cosas, el término “comercial” debe analizarse con una perspectiva internacional y no bajo la lupa de cada legislación nacional. Esta visión permite que cuestiones relacionadas con derechos morales de autor -que probablemente no se encuentran incluidas en los códigos de comercio de cada país- sean consideradas comerciales para efectos del arbitraje internacional. Adicionalmente, el hecho de que la Convención de Nueva York permita a los Estados hacer una reserva comercial no quiere decir que solo puedan llevarse a arbitraje las materias que en cada uno se consideren comerciales, sino que el trámite mediante el cual se va a reconocer y ejecutar el laudo puede variar. En todo caso, es importante resaltar que no cualquier controversia comercial puede resolverse vía arbitraje. Esta, además, debe cumplir con el requisito de arbitrabilidad<sup>42</sup>, el cual se explicará en el último acápite del presente capítulo.

En este acápite se han expuesto los presupuestos para acudir a arbitraje comercial internacional. Ahora, es vital estudiar la forma adecuada de exteriorizar la voluntad de ir a arbitraje. Esto, pues el solo cumplimiento de los presupuestos no garantiza que las controversias puedan ser solucionadas de manera efectiva por este medio.

#### **D. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PACTO**

La autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje. Por ello, para que las personas involucradas en una controversia puedan dirimirla mediante este mecanismo, es imprescindible que exista una manifestación de voluntad en ese sentido, esto es, un pacto arbitral<sup>43</sup>. Sin embargo, no basta con que dicho acuerdo exista, sino que se requiere que este sea válido, es decir, que no sea nulo, ineficaz o inaplicable. En el presente acápite se analizará cada uno de estos supuestos, pues para el estudio posterior que se hará de la arbitrabilidad de los derechos morales de autor, es necesario tener claridad sobre estos conceptos fundamentales, especialmente sobre la nulidad.

Antes que nada, es importante señalar que en virtud de la interpretación dada al artículo II.1 y II.3 de la Convención de Nueva York los pactos arbitrales se presumen válidos. Este artículo señala:

##### **Artículo II**

**1.** Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a [sic] una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. [...]

---

<sup>42</sup> MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de arbitraje comercial internacional. *Taller de Arbitraje Comercial Internacional*. 2005, p. 8.

<sup>43</sup> El acuerdo arbitral admite dos modalidades distintas: la cláusula compromisoria y el compromiso. La primera es la estipulación contractual a través de la cual las partes consienten ventilar una o varias controversias futuras ante un tribunal arbitral. Mediante el segundo, las partes acuerdan someter sus disputas actuales al conocimiento de uno o más árbitros. TALERO. Op. Cit., p. 86.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido [sic] un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es **nulo, ineficaz o inaplicable**<sup>44</sup> [Destacado propio].

De acuerdo con el texto del artículo, los tribunales judiciales solo dejan de remitir a arbitraje a las partes tras comprobar que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. De ahí que exista una presunción de validez del pacto, la cual deberá ser desvirtuada por quien se oponga al arbitraje. Esto también explica que los Estados no puedan añadir supuestos de invalidez adicionales a los contemplados por el artículo II.3<sup>45</sup> y, además, que la lectura de estos deba ser restringida.

Todo lo anterior, atendiendo a que los Estados al suscribir la Convención de Nueva York declararon conjuntamente que generarían políticas para hacer cumplir los pactos arbitrales. En efecto, uno de los objetivos de la Convención es

[...] exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral<sup>46</sup>.

En cumplimiento de este objetivo, la terminología utilizada por la Convención de Nueva York es amplia. Con ello se logra que los Estados miembros reconozcan la validez de los pactos de arbitraje internacional de acuerdo con estándares internacionales uniformes<sup>47</sup>. En otras palabras, se propende por una aplicación homogénea del tratado en diferentes jurisdicciones, abarcando las diversas hipótesis que podrían generar la invalidez del convenio arbitral<sup>48</sup>. La Convención no define qué es un pacto “nulo, ineficaz o inaplicable”, de manera que ha sido labor de la doctrina y de los tribunales hacerlo. Como se verá, cada hipótesis tiene un contenido distinto, pero en general, hacen referencia a situaciones en las que el acuerdo está desprovisto de efectos jurídicos.

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido, el artículo 8.1 la Ley Modelo consagra:

**“Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal**

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

<sup>45</sup> BORN. Op. Cit., p. 107.

<sup>46</sup> Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958, p. 1.

<sup>47</sup> BORN. Op. Cit., pp. 839-840.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual. *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 4.

El estudio del contenido de las diferentes hipótesis de invalidez es trascendental, pues encontrar alguno de estos defectos en el pacto evitaría que se adelante el trámite arbitral. En caso de que el defecto sea advertido después de culminar el proceso, el laudo estaría en riesgo de ser anulado<sup>49</sup> o de no ser reconocido y ejecutado<sup>50</sup>. Ahora, para que pueda atribuirse alguna de estas consecuencias jurídicas, primero debe existir claridad acerca de qué debe entenderse por nulo, ineficaz e inaplicable. Enseguida, se aborda el primer supuesto.

## 1. NULIDAD

El término “nulo” denota eventos que vician desde su nacimiento la validez del acuerdo arbitral<sup>51</sup>. En la versión en inglés de la Ley Modelo, se utiliza la expresión “*null and void*” -propia del Derecho anglosajón- para significar lo mismo: un defecto del acto jurídico que se presenta desde el principio<sup>52</sup>. Como se expondrá, este vicio originario del pacto arbitral debe ser entendido de forma limitada y según lo establecido en las normas generales de los contratos.

La nulidad del pacto arbitral encuentra su fundamento en el principio rector del arbitraje, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes. Esto se debe a que propende porque el deseo de acudir a arbitraje sea expresado correctamente. En general, un convenio arbitral solamente es nulo cuando existe un vicio en sus elementos esenciales. Los supuestos que generan la nulidad del acuerdo arbitral deben interpretarse de manera restringida, pues, como ya se expuso, la Convención de Nueva York busca que los pactos arbitrales se hagan cumplir.

Esta postura fue la que se acogió en el caso *Rhone Mediterranee Compagnia Francese Di Assicurazioni Eriassicurazioni, Appellant, v. Achille Lauro and others* en el cual se sostuvo que la interpretación de los supuestos de invalidez de un pacto arbitral debe ser restrictiva. *Costa Armatori S.P.A.* tenía un contrato de fletamento por tiempo que contenía una cláusula arbitral con *Aquille Lauro*, dueño del buque *Angelina Lauro*. Durante la ejecución del contrato, el buque se incendió, por lo cual la compañía aseguradora *Rhone* indemnizó a *Costa* por las pérdidas sufridas.

---

<sup>49</sup> El pacto arbitral “es causa de la competencia arbitral y correlativamente de la incompetencia de tribunales ordinarios estatales, su validez impregna todo el instituto, incluida la sentencia. De esta forma, si el convenio es nulo o ineficaz, y el procedimiento arbitral se sigue de todas formas, todo será nulo por la contaminación que necesariamente provocará el acuerdo arbitral en cuestión.” VÁSQUEZ, María. Comprensión del principio “competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2010, N° 15, pp. 186-187.

<sup>50</sup> “Convención de Nueva York. Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) [...] que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia [...].”

<sup>51</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. Op. Cit., p. 5.

<sup>52</sup> MISTELIS, Loukas y DI PIETRO, Domenico. New York Convention, Article II [Arbitration agreements]. *Concise International Arbitration*. 2da edición. Kluwer Law International, 2015, p. 11.

Posteriormente, *Rhone*, como subrogada de *Costa*, adelantó una acción ante la Corte de Distrito de las Islas Vírgenes contra *Aquille Lauro*, alegando incumplimiento del contrato, innavegabilidad del buque y negligencia de la tripulación<sup>53</sup>.

La Corte concedió la moción de la demandada para suspender el proceso debido a la existencia de una cláusula compromisoria. El demandante apeló la decisión y la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito confirmó la orden al considerar que

[...] la interpretación del artículo II.3, que es más consistente con los propósitos generales de la Convención, es aquella en la que el acuerdo de arbitraje es “nulo” solo cuando (1) está viciado por error, fuerza o dolo u otro tipo de defecto internacionalmente reconocido; o (2) contraviene políticas fundamentales de la sede. El término “nulo” debe ser interpretado de forma restringida, pues los Estados firmantes han declarado en conjunto una política general de hacer cumplir los pactos arbitrales.

En otras palabras, los Estados miembros han declarado efectivamente una política conjunta que presume la validez de los convenios de arbitraje. Ni los intereses internos del Estado que sirve de foro, ni el hecho de que ese Estado tenga relaciones más estrechas con la disputa, permiten que se derrumbe dicha presunción. La mejor manera de atender la política de la Convención es mediante un enfoque que conlleve la defensa de los acuerdos de arbitraje [Traducción propia]<sup>54</sup>.

Ahora, aun cuando los supuestos en los que un pacto arbitral es nulo deban aplicarse restrictivamente, el legislador no prevé una lista de causales de nulidad. Sin embargo, como el acuerdo de arbitraje es considerado un contrato autónomo respecto de aquel que lo contiene<sup>55</sup>, puede concluirse que debe cumplir con los presupuestos de validez contemplados por las normas generales de los contratos. Por tanto, las causales de nulidad del acuerdo se estructuran a partir de estas, de “las particularidades del juicio arbitral y [de] la aplicación de la doctrina que se ha asentado [sobre la] materia”<sup>56</sup>.

De este modo, para que el convenio arbitral se considere válido, debe cumplir con los requisitos exigidos para los contratos en la legislación civil aplicable. En términos generales, el acuerdo debe ser fruto de una voluntad libre y exenta de vicios, tener un objeto y una causa lícita y contar con las formalidades que prevea cada ordenamiento jurídico<sup>58</sup>. Asimismo, quienes suscriben el pacto

---

<sup>53</sup> 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983).

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> El artículo 3° del Estatuto Arbitral colombiano dispone que “el pacto arbitral es un **negocio jurídico** por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas” (Destacado propio) y el artículo 5° reconoce su autonomía respecto del contrato que lo contiene.

<sup>56</sup> VÁSQUEZ. Op. Cit., p. 188.

<sup>57</sup> La posición acerca de la interpretación restrictiva de las hipótesis que generarían la nulidad del pacto arbitral se ha mantenido, por ejemplo, en el caso *Aggarao v. MOL Ship Management Company*. 675 F.3d 355, 373 (4th Cir. 2012).

<sup>58</sup> Las formalidades exigidas no pueden convertirse en cargas discriminatorias que dificulten el reconocimiento de la validez de los pactos arbitrales. Por ejemplo, no se podría pedir que un convenio sea aprobado previamente por una



deben tener la capacidad requerida. Entonces, el pacto arbitral será nulo cuando el consentimiento esté viciado por error, fuerza o dolo, el acuerdo recaiga sobre una materia no arbitrable -arbitrabilidad objetiva-, carezca de algún requisito *ad substantiam actus* o haya sido suscrito por una persona incapaz -arbitrabilidad subjetiva-<sup>5960</sup>.

Así las cosas, la nulidad del acuerdo de arbitraje implica que este quedará desprovisto de efectos, por haberse afectado sus elementos esenciales. La interpretación que se haga acerca de las hipótesis de nulidad del pacto será restringida, de manera que respeten los propósitos de la Convención de Nueva York. Ahora bien, las circunstancias específicas que vician de origen la validez del acuerdo pueden variar dependiendo del enfoque que le dé cada jurisdicción. En consecuencia, para saber si un acuerdo arbitral es nulo, debe acudir al derecho aplicable<sup>61</sup>.

## 2. INEFICACIA

Existen acuerdos arbitrales que, no obstante haber nacido válidamente, no tienen efectos jurídicos o con posterioridad han dejado de tenerlos<sup>62</sup>. Este fenómeno es conocido como “ineficacia” o “inoperatividad”<sup>63</sup> del convenio. Las circunstancias que lo originan son variadas; sin embargo, todas comparten una característica: se refieren a hipótesis de índole jurídica y no fáctica. A continuación, se exponen los casos que comúnmente se presentan.

Una primera hipótesis de ineficacia surge cuando se está ante un convenio de arbitraje condicionado. Esto ocurre cuando, por ejemplo, se pacta una cláusula arbitral escalonada<sup>64</sup>, es decir, aquella en la cual se establece un paso previo -una mediación o una conciliación, por ejemplo- para poder acudir a arbitraje. En estos casos, si bien hay un pacto arbitral existente y válido, únicamente podrá surtir efectos una vez se hayan agotado las instancias previstas. En otros términos, cuando haya acaecido la condición.

Asimismo, un convenio arbitral es ineficaz cuando la controversia ya se ha decidido, sea mediante arbitraje o a través de otro mecanismo de solución de conflictos. Se trata entonces de eventos en

---

autoridad administrativa para que este se considere válido. Tampoco podría afirmarse que solo serán válidos los acuerdos que recaigan sobre controversias futuras o que remitan a un arbitraje institucional. BORN. Op. Cit., p. 840.

<sup>59</sup> VÁSQUEZ. Op. Cit., p. 189.

<sup>60</sup> A pesar de que la arbitrabilidad es un problema de validez del pacto arbitral, dada su importancia y extensión, el tema se aborda en un acápite separado.

<sup>61</sup> MISTELIS, Loukas y DI PIETRO, Domenico. Op. Cit., pp. 11 y 12. En el último capítulo de esta tesis se trata el derecho aplicable. Sin embargo, debe anotarse que el análisis se limita a la ley aplicable para la arbitrabilidad.

<sup>62</sup> Ibid., p. 12.

<sup>63</sup> En la versión en español de la Ley Modelo el supuesto es llamado “ineficaz”, mientras que en la versión en inglés se hace referencia a “*inoperative*”.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. Op. Cit., p. 5.

los que existe cosa juzgada. Vale aclarar que la mera existencia de varios procesos no es suficiente para tornar el acuerdo arbitral inoperante<sup>65</sup>.

Otro supuesto que genera la inoperatividad del pacto arbitral es la renuncia al mismo. Como cualquier otro derecho contractual, el derecho a arbitrar puede renunciarse. Generalmente, ello sucede cuando una parte persigue reclamaciones cubiertas por un acuerdo arbitral ante el juez, y la otra no invoca oportunamente la existencia de dicho pacto<sup>66</sup>. Al respecto, la Convención de Nueva York no se refiere expresamente a la renuncia como una hipótesis que pueda dejar sin efectos un acuerdo arbitral válido. Sin embargo, el supuesto se encuentra implícito, pues las cortes nacionales solo están obligadas a referir a las partes a arbitraje si alguna de ellas lo solicita. Es por ello que estas han considerado que las partes renuncian a su derecho de acudir a arbitraje cuando no solicitan que se le dé efecto a tal derecho<sup>67</sup>.

Adicionalmente, las partes pueden decidir revocar el acuerdo. Es decir que, a pesar de que exista un pacto arbitral que las vincula, estas le quitan efectos jurídicos. Esto sucede cuando los involucrados acuerdan que acudirán ante la jurisdicción ordinaria o que optarán por otro mecanismo para resolver sus controversias<sup>68</sup>.

A diferencia de las dos hipótesis anteriores, en donde la ineficacia del convenio resulta de un acuerdo entre las partes, el repudio o “*repudiatory breach*” del pacto arbitral, que es también un supuesto de ineficacia, surge por una decisión unilateral<sup>69</sup>. Ocurre cuando, ante el incumplimiento de una parte de las obligaciones que tiene en virtud del pacto, la otra decide terminar el acuerdo iniciando una acción ante un tribunal judicial. La parte que incumplió las obligaciones del pacto ya no puede oponerse a que el juez conozca de la controversia porque el acuerdo se tornó inoperante o ineficaz.

La terminación unilateral del convenio está permitida en raras ocasiones. En efecto, solo algunas jurisdicciones admiten esta posibilidad, pues con ella se afecta la naturaleza vinculante del pacto arbitral. Por lo tanto, para su aplicación se requiere el cumplimiento de estándares más altos<sup>70</sup>. En una decisión reciente, el Tribunal Superior de Singapur se refirió al estándar que según esa legislación -y en concordancia con lo aplicado por otros países del *common law*-, debe cumplirse para que el repudio torne ineficaz un pacto arbitral. Se trata del caso *Heartronics Corporation v. EPI Life Pte. Ltd. and Others*<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> SCHARAMM, Dorothée *et al.* Article II. En: KRONKE, Herbert *et al.* *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010. p. 106.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> BORN. Op. Cit., pp. 870-872.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 842-843.

<sup>69</sup> GRANIER, Thomas. Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration has Commenced. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law International. 2015, Vol. XII, Issue 45, p. 113.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>71</sup> Singapur. Tribunal Superior. *Heartronics Corporation v. EPI Life Pte. Ltd. and Others*, del 17 de octubre de 2017.

En el caso, el Tribunal Superior de Singapur desestimó la moción de la demandada de remitir a las partes a arbitraje, argumentando que el pacto arbitral era ineficaz por haber operado un “*repudiatory breach*” que había sido aceptado por el demandante. Aplicando el precedente establecido por la Corte de Apelaciones en el caso *Concrete Pte. Ltd. v. Sato Kogyo (S) Pte. Ltd.*, el Tribunal Superior reafirmó que una de las situaciones que permiten terminar un contrato unilateralmente se presenta “cuando un incumplimiento de una parte fuera capaz de privar a la parte inocente de una fracción sustancial del beneficio que se supone debía obtener del contrato, esta última queda facultada para terminarlo”<sup>72</sup> [Traducción propia].

El Tribunal aseguró que el demandante se había visto privado del beneficio que esperaba obtener de la cláusula compromisoria, pues el demandado había incumplido su obligación de mediar de buena fe<sup>73</sup>. Según la argumentación del Tribunal, en vista de los intentos de *Heartronics* de iniciar el procedimiento de mediación-arbitraje, el demandado debía pagar la suma necesaria para iniciar el trámite. No hacerlo constituyó un incumplimiento de su obligación de “mediar de buena fe” que le impidió al demandante sacar provecho de la cláusula arbitral.

Para soportar su posición, el Tribunal citó el caso *Tahisa Roach v BM Motoring LLC*. Allí, la Corte Suprema de Nueva Jersey había concluido, en una decisión unánime, que el no pago de la tarifa necesaria para iniciar un proceso arbitral se considera un repudio del pacto que faculta a la contraparte para terminarlo unilateralmente. En esa ocasión, la Corte sostuvo que

El beneficio que se espera obtener de un acuerdo arbitral es la posibilidad de arbitrar reclamaciones. El incumplimiento en el pago de los gastos de arbitraje que resulta en la desestimación de la pretensión de acudir al proceso priva a la otra parte del beneficio del pacto. Por tanto, la falta en el pago de esas tarifas es esencial y conlleva un incumplimiento sustancial del pacto arbitral.

Adicionalmente, los demandados tenían un deber de buena fe y trato justo con el demandante. Es decir, al celebrar el convenio arbitral habían acordado implícitamente abstenerse de hacer cualquier cosa que perjudicara el derecho del demandante de percibir los frutos de tal acuerdo<sup>74</sup> [Traducción propia].

Así las cosas, puede afirmarse que un pacto arbitral queda desprovisto de efectos por una actuación unilateral cuando existe un incumplimiento que deje a la contraparte sin los beneficios del acuerdo arbitral y, además, que tal incumplimiento sea fruto de un comportamiento contrario a la buena fe.

---

<sup>72</sup> Singapur. Corte de Apelaciones. *Concrete Pte Ltd v Sato Kogyo (S) Pte Ltd.*, del 29 de agosto de 2007.

<sup>73</sup> Según el caso *HSBC Institutional Trust Services Ltd v. Toshin Development Singapore Pte Ltd*, el concepto de buena fe “[...] abarca el requisito subjetivo de actuar con honestidad, así como el requisito objetivo de observar los estándares comerciales de trato justo en el desempeño de las obligaciones. Esto incluye el deber de actuar con justicia, respetando los intereses legítimos de la otra parte” [Traducción propia]. Singapur. Corte de Apelaciones. *HSBC Institutional Trust Services Ltd v. Toshin Development Singapore Pte Ltd.*, del 27 de agosto de 2012.

<sup>74</sup> *Tahisa Roach v BM Motoring LLC* No. 077125 (N.J. Mar. 9, 2017)

Estas dos exigencias reafirman que el estándar para aceptar el “*repudiatory breach*” es más elevado que el de las demás hipótesis de ineficacia del convenio arbitral. Ahora bien, cada legislación tiene sus propios requisitos para la aplicación del repudio como un supuesto de inoperatividad. Por lo tanto, la explicación *supra* es apenas un ejemplo de lo que ocurre en algunos países del *common law*.

Habiendo mencionado las hipótesis más comunes de ineficacia del acuerdo arbitral, vale la pena señalar algunos supuestos que no generan tal consecuencia jurídica. El término “ineficaz” no incluye reclamaciones que aludan, por ejemplo, a que el pacto arbitral es inconveniente, el proceso arbitral es desventajoso para una parte, el laudo puede que no sea ejecutable, o la existencia de otro proceso arbitral impide el inicio de un arbitraje adicional. Las cortes nacionales han sostenido de manera uniforme que estos argumentos son insuficientes para quitarle efectos jurídicos al pacto arbitral<sup>75</sup>.

Con todo, queda claro que las hipótesis originan la ineficacia del acuerdo arbitral son de índole jurídica. Estos eventos implican que aun cuando exista un pacto de arbitraje que en principio es válido en sentido amplio, este no produce o deja de producir efectos en el mundo jurídico. Por supuesto, las objeciones presentadas respecto de la eficacia del convenio, deben argumentarse con base en defensas de aplicación general en el derecho de contratos<sup>76</sup>, tal como se explicó anteriormente en el acápite relativo a la nulidad del acuerdo de arbitraje.

### 3. INAPLICABILIDAD

A diferencia de lo sucedido con la ineficacia del pacto arbitral, los supuestos que dan lugar a la inaplicabilidad son fácticos, no jurídicos. Así entonces, este fenómeno alude a eventos en los que, aun cuando el convenio arbitral es válido, existe una imposibilidad fáctica que impide cumplirlo<sup>77</sup>. Por ello, se ha considerado que se refiere a aspectos prácticos del proceso arbitral<sup>78</sup>. Como se verá, la falta de eficacia real del acuerdo se debe a problemas de redacción que dependiendo de su gravedad podrán o no ser subsanados.

La versión en inglés de la Convención de Nueva York se refiere a “*incapable of being performed*”, al igual que la versión en inglés de la Ley Modelo. Sin embargo, la traducción de ambas difiere. Por un lado, la versión en español de la Convención utiliza el término “inaplicable”, mientras que la de la Ley Modelo mantiene la expresión “de ejecución imposible”. En todo caso, no hay duda

---

<sup>75</sup> BORN. Op. Cit., p. 843.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. Op. Cit., p. 5.

<sup>78</sup> REDFERN *et al.* Op. Cit., p. 138.

de que el supuesto se refiere a eventos en los cuales un acuerdo arbitral “[c]arece de [los] requisitos prácticos necesarios para su ejecución”<sup>79</sup>.

Las circunstancias que generan la inaplicabilidad del pacto arbitral pueden agruparse en lo que la doctrina ha denominado “cláusulas patológicas”<sup>80</sup>. Estas son cláusulas que tienen problemas de redacción, por estar incompletas, ser ambiguas o contradictorias<sup>81</sup>. En esa medida, son defectos en el contenido del pacto arbitral.

Existen diferentes tipos de cláusulas patológicas, que pueden clasificarse en cuatro categorías: cláusulas optativas, cláusulas híbridas, cláusulas carentes de certeza y cláusulas limitativas<sup>82</sup>. Las primeras son aquellas en virtud de las cuales las partes establecen que “podrán” resolver sus disputas mediante arbitraje<sup>83</sup>. En estos eventos no es claro que exista una obligación de acudir a este mecanismo, ni de abstenerse de ventilar sus conflictos ante los tribunales judiciales. Sin embargo, estas cláusulas deben interpretarse conforme al principio general de interpretación de los contratos según el que, ante varias interpretaciones posibles de una estipulación contractual, ordena preferir la que le dé efectos<sup>84</sup>.

Por su parte, una cláusula es híbrida cuando refiere a las partes a arbitraje y, al mismo tiempo, le concede jurisdicción a las cortes nacionales. En estos casos, existe duda tanto de la voluntad de someter sus disputas a arbitraje, como de resolverlas mediante un procedimiento judicial<sup>86</sup>. Por

---

<sup>79</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual*. Op. Cit., p. 5

<sup>80</sup> El término tiene origen en la conferencia de 1974 de Frédérick Eisemann, que para ese momento era el Secretario General Honorario de la CCI. EISEMANN, Frédérick. *La clause d'arbitrage pathologique. Commercial Arbitration—Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. 1974, p. 129.

<sup>81</sup> SCHARAMM. Op. Cit., p. 58.

<sup>82</sup> Esta clasificación es propia y es resultado del estudio de las causas que frecuentemente ponen en entredicho la aplicabilidad del pacto arbitral.

<sup>83</sup> INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Request for the Enforcement of an Arbitration Agreement. ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. 2011, p. 53.

<sup>84</sup> Este principio puede encontrarse en instrumentos de *soft law* como los Principios Unidroit, cuyo artículo 4.5 dispone: “[l]os términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”. También se encuentra reconocido en legislaciones nacionales como la colombiana, la española o la francesa.

Colombia. Código Civil. “**Artículo 1620**. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

España. Código Civil. “**Artículo 1284**. Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

Francia. Código Civil. “**Artículo 1191**. Cuando sea posible atribuirle dos significados distintos a una cláusula, aquella que le dé efectos debe preferirse sobre la que no lo haga”.

<sup>85</sup> INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Op. Cit. p. 53.

<sup>86</sup> Ahora bien, puede suceder que en una cláusula arbitral se haga referencia a los tribunales de determinado Estado, para efectos de asistencia judicial o de ejecución del laudo. Esta referencia no daría lugar a una cláusula híbrida, pues aquí es clara la intención de las partes de sumisión a arbitraje.

eso, tradicionalmente se había entendido que este tipo de cláusulas no podían producir efectos y que más bien dejaban a las partes en un “limbo jurídico”<sup>87</sup>.

No obstante lo anterior, mediante auto del 18 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid reconoció que en la práctica comercial internacional no es extraño encontrar cláusulas mediante las cuales se combine el arbitraje con otro mecanismo de resolución de disputas, como la mediación o la sumisión a determinada jurisdicción. En el caso concreto, esta corporación consideró que el acuerdo híbrido bajo estudio -que daba la posibilidad de acudir a arbitraje y a los jueces ordinarios- no presentaba ninguna deficiencia que pudiera dar como resultado su nulidad<sup>88</sup>. De acogerse esta postura, el demandante sería quien escogería el foro que considere más adecuado para resolver esa controversia específica.

En tercer lugar, las cláusulas carentes de certeza se presentan cuando los términos en los que estas están redactadas son vagos<sup>89</sup>. La imprecisión debe ser tal que no sea posible determinar con exactitud en qué condiciones las partes acordaron acudir a arbitraje. Un ejemplo de esta situación es la designación de una institución arbitral, excluyendo la aplicación de todo o parte de su reglamento, en los casos en los cuales esas disposiciones sean obligatorias para que el centro acepte la administración.

Otro evento en donde no hay certeza sobre el contenido del pacto tiene lugar cuando hay una identificación incorrecta del centro de arbitraje. En ocasiones, este error conlleva la imposibilidad de conocer cuál es en realidad la institución que las partes querían que administrara su trámite arbitral. También puede inducir a error entre dos o más instituciones. Entonces, “[a]unque en este tipo de cláusulas se ve claramente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje y utilizar el Arbitraje Institucional, no se concreta la Institución arbitral”<sup>90</sup>. Sin embargo, en otros casos la ambigüedad de la cláusula se puede superar mediante una interpretación razonable de la misma<sup>91</sup>.

Finalmente, las cláusulas limitativas son aquellas cuya redacción es tan restringida que dificulta e incluso imposibilita la producción de efectos prácticos del pacto arbitral. El proceso arbitral no podría desarrollarse si la cláusula establece requisitos excesivos que deban cumplir los árbitros, tales como su nacionalidad, títulos, experiencia, etc<sup>92</sup>. En estos eventos, sería muy difícil encontrar a un panel que cumpliera a cabalidad con las expectativas de las partes.

---

<sup>87</sup> GÓRGOLAS, Cristina. Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa”. *Revista jurídica de arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*. 2014, p. 3.

<sup>88</sup> España. Audiencia Provincial de Madrid. Sección 28ª. Auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013. Es de aclarar que la Audiencia Provincial se refiere a nulidad del acuerdo cuando, en realidad, se trata de un problema de aplicabilidad.

<sup>89</sup> GÓRGOLAS. Op. Cit., p. 3.

<sup>90</sup> Ibid., p. 4.

<sup>91</sup> INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Op. Cit. p. 54.

<sup>92</sup> GÓRGOLAS. Op. Cit., p. 4.

La posibilidad de resolver las controversias mediante arbitraje también se ve truncada cuando las partes limitan de forma excesiva la competencia *ratione materiae* de los árbitros. En palabras de Yves Derains,

Es lo que hacen las cláusulas que someten al arbitraje los litigios relativos a la interpretación o a la ejecución de un contrato. En el primer caso, la parte que quiere evitar el arbitraje podrá pretender que el litigio concierne a la ejecución del contrato y no solo a su interpretación; en el segundo caso, la argumentación será contraria. [...] Eso explica que las instituciones de arbitraje recomiendan cláusulas de alcance amplio, como la propuesta por la CCI que contempla *todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este (...)*<sup>93</sup> [Cursivas del texto original].

En definitiva, una redacción restrictiva de la cláusula compromisoria hace muy fácil que una parte pueda idear una ruta de escape del arbitraje. Por tanto, para evitar que la voluntad de arbitraje se vea frustrada, es recomendable que la redacción de la cláusula sea lo suficientemente amplia, de manera que abarque todos los conflictos relacionados con el contrato que la contiene.

Ahora bien, la patología de la cláusula puede concretarse de forma posterior a la celebración del acuerdo. En estos casos, se trata de una cláusula patológica sobrevenida. Ello sucede cuando, por ejemplo, siendo claro que los árbitros mencionados en el pacto son irremplazables, estos rechazan la designación o ya han muerto al momento de presentarse la controversia<sup>94</sup>. En sentido similar, cuando la institución designada por las partes desaparece con posterioridad, el acuerdo en principio también se volvería inejecutable.

No obstante, no se debe olvidar que uno de los objetivos de la Convención de Nueva York es la ejecución de los convenios arbitrales. Por eso, para no ir en contra de los principios inspiradores del tratado, debería entenderse que los supuestos anteriores frenan la aplicabilidad del acuerdo arbitral únicamente cuando no quepa duda de que la voluntad de las partes era acudir a arbitraje, siempre y cuando la controversia fuera resuelta por determinados árbitros o bajo la administración de una institución específica.

En concordancia con lo anterior, algunos tribunales nacionales han tomado como base el principio de ejecución de los pactos arbitrales para afirmar que la sola muerte de un árbitro designado por las partes no implica que el convenio sea inaplicable. Así, en el caso *ACC Ltd. v. Global Cements Ltd.* la Corte Suprema de India consideró que, excepto cuando las partes hubieran prohibido expresamente la posibilidad de nombrar un nuevo árbitro, debía dársele efectos a la cláusula arbitral. Esto, pues la intención de la Ley de Arbitraje y Conciliación de la India es promover la eficacia del arbitraje<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> DERAIS, Yves. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas. En: SILVA, Eduardo y MANTILLA Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis. 2005, pp. 198-199.

<sup>94</sup> BORN. Op. Cit., p. 844.

<sup>95</sup> India. Corte Suprema. *ACC Ltd. v. Global Cements Ltd.*, 11 de junio de 2012. (2012) 7 SCC 71.

En cambio, en otros países se ha tomado una posición distinta. En efecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de México afirmó que

La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial<sup>96</sup>.

El fragmento citado indica que en caso de muerte o incapacidad de los árbitros, al menos en México, no es necesario que haya una prohibición de las partes de nombrar uno nuevo para dejar sin efectos un convenio. Simplemente bastaría con que, habiéndose nombrado árbitros específicos, se haya guardado silencio acerca de la posibilidad de sustituirlos.

Lo expuesto da cuenta de que la inejecutabilidad de un acuerdo arbitral responde a problemas prácticos generados por deficiencias en su redacción. Ahora, estos defectos deben analizarse a la luz de los principios rectores del arbitraje que, se insiste, propenden por la puesta en marcha de los pactos arbitrales. Aplicando estos criterios, solo aquellas imprecisiones, contradicciones o ambigüedades que sean insubsanables impedirán la ejecución del convenio.

En conclusión, para que un pacto arbitral sea válido y pueda producir plenos efectos jurídicos, se requiere que no sea nulo, ineficaz ni inaplicable. La nulidad, por un lado, hace referencia a un vicio congénito en los elementos esenciales del acuerdo definidos por las diferentes legislaciones civiles. Por otro lado, la ineficacia está relacionada con eventos de carácter jurídico que se presentan con posterioridad a la celebración de un convenio arbitral que había nacido válido. Por último, la inaplicabilidad alude a situaciones fácticas que en la práctica impiden que el pacto pueda ejecutarse.

Debe recalcar que estos tres supuestos tienen que analizarse de acuerdo con los propósitos de la Convención de Nueva York. En ese sentido, siempre que conforme a una interpretación razonable pueda dársele efectos a la cláusula, el arbitraje debe prevalecer. Esa visión en pro del arbitraje representa, en últimas, la defensa de la voluntad de las partes. A continuación, se desarrolla lo relativo a la arbitrabilidad que, como se mencionó, constituye una condición *sine qua non* para la validez del pacto arbitral. Sin embargo, por presentar particularidades respecto de los demás requisitos y, además, por ser el centro de este trabajo, merece ser tratada de forma separada.

---

<sup>96</sup> México. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, diciembre de 2005. Amparo directo 465/2005. Registro No. 176595. Extracto tomado de: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Novación y acuerdo arbitral. En: SOTO, Carlos. *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.



## **E. ARBITRABILIDAD**

La noción de arbitrabilidad es transversal. Tiene consecuencias a lo largo de todo el proceso arbitral, por eso se ha señalado que “[...] abarcaría una triple dimensión: como condición impuesta por el Derecho de fondo, como condición de validez del convenio arbitral, y como presupuesto que posibilita la no anulación y el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral”<sup>97</sup>. En primer lugar, la arbitrabilidad depende de lo que disponga el ordenamiento jurídico aplicable. Esto significa que no existe una regla general, sino que el contenido de este requisito varía según los intereses de cada Estado.

Segundo, como se ha visto, para que un convenio arbitral sea válido debe cumplir con los requisitos establecidos por las normas generales de los contratos. Entre ellos resaltan que el objeto del acuerdo debe ser lícito y que debe ser suscrito por personas con capacidad. Estas dos exigencias configuran el concepto de arbitrabilidad. El objeto hace referencia a la arbitrabilidad objetiva, es decir, a que la materia objeto del litigio pueda ser sometida a arbitraje. La capacidad está relacionada con la arbitrabilidad subjetiva, la cual define si las partes que celebraron el acuerdo están autorizadas para que sus controversias sean resueltas mediante arbitraje<sup>98</sup>.

Tercero, que la materia sobre la cual recae un pacto sea arbitrable y que los sujetos que lo suscriben estén autorizados para hacerlo, blindo el laudo arbitral de cualquier pretensión de anulación que invoque este argumento. Además, el cumplimiento de este requisito impide que un Estado deniegue el reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral por esta causa. En definitiva, la arbitrabilidad constituye un presupuesto indispensable para la eficacia final del laudo<sup>99</sup>.

A continuación, se exponen ambas categorías de arbitrabilidad, profundizando en la arbitrabilidad objetiva. El análisis de esta última es vital, pues constituye el objeto de estudio de este trabajo. Aquí se sientan las bases que permiten defender la arbitrabilidad de los derechos morales de autor en el capítulo final de esta tesis.

### **1. ARBITRABILIDAD OBJETIVA**

El artículo II.1 de la Convención de Nueva York señala que los Estados reconocerán los convenios que obliguen a las partes a someter a arbitraje todas o algunas de sus diferencias “concerniente[s] a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Esa redacción implica que existen materias que no son susceptibles de ser conocidas por árbitros. La consideración de que un asunto es arbitrable depende de cada legislación nacional y responde a una decisión de política legislativa. Algunas

---

<sup>97</sup> GONZALO, Marta. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*. Dykinson: Madrid, 2003, p. 100.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. 4ª edición. Ciudad de México: Porrúa, 2014, p. 245.

<sup>99</sup> GANDÍA Op. Cit., p. 47.

jurisdicciones son liberales, mientras que otras son más conservadoras<sup>100</sup>. No obstante, existe una tendencia a la ampliación de la arbitrabilidad *ratione materiae*, de suerte que cuestiones anteriormente consideradas no arbitrables, ahora lo son<sup>101</sup>. Ello sucede con los derechos morales de autor.

La resolución de litigios no arbitrables queda exclusivamente en cabeza de las cortes nacionales por tener un contenido de interés general o público. En otros términos, la arbitrabilidad objetiva es una norma protectora de dicho interés. Esto constituye una diferencia importante respecto de los demás requisitos de validez del pacto arbitral que buscan amparar intereses privados<sup>102103</sup>.

Por lo anterior, algunos Estados optan por reservar a sus tribunales judiciales la ventilación de controversias que afecten el orden público. Así, por ejemplo, el artículo 2639 del Código Civil de Quebec establece que no pueden ser resueltas mediante arbitraje “[d]isputas acerca del estado y la capacidad de las personas, asuntos de familia, u otras materias de orden público [...]” [Traducción propia]. De manera similar, la § 4.1 de la Ley de Arbitraje de Malasia prevé que “cualquier controversia que las partes hayan acordado someter a arbitraje podrá ser resuelta por este medio, salvo que el acuerdo arbitral sea contrario al orden público” [Traducción propia]. Sobre el particular, la Ley de Arbitraje neozelandesa contempla lo mismo que la ley malasia, añadiéndole “[...] o, que según otra ley, esa disputa no sea susceptible de ser decidida por arbitraje”<sup>104</sup> [Traducción propia]. Es claro entonces que el orden público puede afectar la arbitrabilidad de una materia<sup>105</sup>, pues las diferentes legislaciones buscan tutelar el interés general de cada nación.

Por su parte, existen distintas legislaciones nacionales que equiparan los asuntos arbitrables a aquellos transigibles o de libre disposición. Ello sucede, por ejemplo, en España y Argentina. Así, el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje española dispone que “[s]on susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. En sentido similar, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina señala que “[n]o podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”<sup>106</sup>. Esta prohibición de llevar a arbitraje materias no susceptibles de transacción o libre disposición<sup>107</sup> es

---

<sup>100</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit. pp. 245 y 246.

<sup>101</sup> PERRELLA, Naíma. Arbitrabilidad Objetiva de los Derechos de Autor y Derechos Conexos. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*, 2014, p. 77.

<sup>102</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit. pp., 245 y 246.

<sup>103</sup> Por ejemplo, que el consentimiento deba estar exento de vicios protege a las partes de que surjan obligaciones en su cabeza con las que no hayan estado de acuerdo.

<sup>104</sup> Artículo 10.1.

<sup>105</sup> La noción de orden público y su relación con la arbitrabilidad se abordará con mayor profundidad en el tercer capítulo de este trabajo.

<sup>106</sup> Artículo 737.

<sup>107</sup> La equiparación de asuntos arbitrables y asuntos disponibles también está contemplada en la § 9 de la Ley de Arbitraje de Noruega, la cual indica que “pueden resolverse mediante arbitraje las disputas acerca de relaciones jurídicas respecto de las cuales las partes tienen derecho de disponer libremente”.

trascendental para el objeto de esta tesis pues, en principio, da pie para asumir que ninguna controversia derivada de derechos morales de autor puede ser ventilada en arbitraje. No obstante, como se demostrará, esta conclusión es errónea.

Otros Estados guardan para sí la resolución de controversias que estén relacionadas con derechos indisponibles y además, aquellas que sean de interés público. Este es el caso de Francia, que regula la arbitrabilidad *ratione materiae* en los artículos 2059 y 2060 del *Code Civil*. El primero consagra que “[t]odas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición” [Traducción propia]. El segundo menciona expresamente como asuntos no arbitrables “[...] las cuestiones de estado y de capacidad de personas, las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o las que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y, más generalmente, todas las materias que interesen al orden público [...]” [Traducción propia]. Así pues, a primera vista, legislaciones como la francesa parecerían de las más conservadoras. Sin embargo, como se explicará en el capítulo final, la jurisprudencia se ha encargado de flexibilizar las disposiciones legales y ampliar el espectro de las materias que se pueden arbitrar.

Una posición intermedia es la que tienen países como Suiza y Alemania, cuyas legislaciones consideran arbitrables las causas de interés patrimonial. En efecto, el artículo 177.1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza establece que “cualquier disputa que involucre un interés económico puede ser objeto de arbitraje” [Traducción propia]. La Ley no provee una definición de la expresión “interés económico”. Sin embargo, los tribunales suizos han optado por interpretarla de forma amplia, permitiendo que se lleve a arbitraje “cualquier reclamación que tenga valor pecuniario”<sup>108</sup>. Lo anterior implica que para efectos del arbitraje internacional existe una concepción más liberal que la aplicada en el arbitraje nacional suizo<sup>109110</sup>. Conforme al tenor literal de la normativa suiza, y teniendo en cuenta la interpretación dada por la jurisprudencia, se podría concluir que

[...] todas las disputas comerciales y casi todas las no penales son arbitrables: incluso asuntos como el divorcio y el estado civil o una declaración de quiebra tienen un valor pecuniario. No obstante, es muy poco probable que las controversias acerca del estado civil o la quiebra sean consideradas arbitrables según la legislación vigente [...] De igual forma, como se desarrolla más adelante, jurisdicciones de derecho continental consideran no arbitrables controversias que involucran consumidores, trabajadores, compradores de valores o distribuidores (a menudo respondiendo a

---

<sup>108</sup> Suiza. Tribunal Supremo Federal (Primera Cámara Civil). *Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA v. Oto Melara SpA, M. and others*. 23 de junio de 1992.

<sup>109</sup> El artículo 354 del Código de Procedimiento Civil suizo dispone que tratándose de arbitraje nacional “cualquier reclamación sobre la cual las partes puedan disponer libremente podrá ser objeto de un acuerdo arbitral”.

<sup>110</sup> BORN. Op. Cit., pp. 960-961.

consideraciones políticas locales) que claramente implican un valor pecuniario<sup>111</sup> [Traducción propia].

A pesar de la intención del legislador suizo de regular la arbitrabilidad objetiva de manera más amplia que otros países, en la práctica el criterio del valor pecuniario no ha sido aplicado a plenitud. No a todos los asuntos que revisten un interés económico se les ha dado vía libre para ser decididos por árbitros.

Algo similar ocurre en Alemania. El artículo 1030.1 del Código Procesal Civil dispone que “cualquier reclamación que involucre un interés económico puede ser sometida a arbitraje. Un acuerdo arbitral que recaiga sobre asuntos que no tengan un interés económico tendrá efectos legales en la medida en que las partes puedan transigir sobre los derechos en disputa” [Traducción propia]. Así las cosas, el ordenamiento alemán ampliaría un poco más el concepto al reconocer la arbitrabilidad de asuntos no pecuniarios. Pese a lo anterior, tanto el planteamiento suizo como el alemán impiden *prima facie* que todas las cuestiones acerca de derechos morales de autor -que no tienen valor patrimonial ni son transigibles- sean ventiladas en arbitraje.

Finalmente, existen legislaciones con un enfoque liberal como China y Sudáfrica. La Ley de Arbitraje china<sup>112</sup> solo excluye del arbitraje “(1) cuestiones sobre matrimonio, adopción, custodia, alimentos y sucesión; y (2) disputas administrativas que por exigencia legal deben ser manejadas por autoridades administrativas” [Traducción propia]. De modo similar, en Sudáfrica la sección 2 de la Ley de Arbitraje establece como no arbitrables “(a) cualquier causa matrimonial o asunto relacionado, o (b) cualquier asunto relativo al estado civil” [Traducción propia]. Como puede observarse, las restricciones que tiene la arbitrabilidad objetiva en estas jurisdicciones son mucho menores que en los demás ordenamientos jurídicos examinados. Las prohibiciones van encaminadas a proteger cuestiones de familia y de derecho administrativo, por lo que diferencias concernientes a los derechos morales de autor serían perfectamente arbitrables.

Por otro lado, las materias que son susceptibles de arbitraje no solo varían según la legislación de que se trate, sino que ha ido cambiado de acuerdo con el momento histórico. Entonces, la arbitrabilidad objetiva es dinámica y su expansión obedece a una mayor confianza en el arbitraje como un medio idóneo para resolver conflictos. Es por ello que con el paso del tiempo el arbitraje ha ido abriendo sus puertas a asuntos que históricamente se habían considerado no arbitrables<sup>113</sup>. Por ejemplo, en Alemania, bajo la Ley de Restricción de la Competencia las controversias relativas a competencia económica -*antitrust*- no eran arbitrables. Sin embargo, con la Ley de Reforma al Proceso Arbitral de 1998 la norma fue derogada. Con ello, actualmente todas las reclamaciones de

---

<sup>111</sup> Ibid. pp. 961-962.

<sup>112</sup> Artículo 3°.

<sup>113</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit., p. 246.

*antitrust* son arbitrables, siguiendo el criterio del “interés patrimonial” establecido en el artículo 1030.1 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, uno de los requisitos que debe cumplirse para que un pacto arbitral sea válido es que la materia sobre la cual recae sea arbitrable. La arbitrabilidad *ratione materiae* tiene un componente espacial y temporal. En cuanto al primero, los temas que se consideran arbitrables varían considerablemente de acuerdo con la legislación aplicable<sup>114</sup>, pues algunos Estados adoptan enfoques más liberales que otros. En relación con el segundo, el paso del tiempo ha contribuido a la expansión de la arbitrabilidad objetiva. La consideración de lo que es arbitrable o no, en últimas, depende de la confianza que se tenga en el arbitraje como un mecanismo adecuado para la solución de litigios, lo cual es una decisión de política legislativa nacional.

## 2. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA

La arbitrabilidad objetiva es la que, para efectos de esta tesis, reviste una mayor importancia. Sin embargo, la noción de arbitrabilidad no se agota en los asuntos que pueden ser sometidos a arbitraje. Por ello, es necesario referirse a la arbitrabilidad subjetiva, al menos de manera sucinta.

El fundamento de la arbitrabilidad *ratione personae* se encuentra en los artículos V 1.a)<sup>115</sup> de la Convención de Nueva York, 36.1.a)i)<sup>116</sup> y 34.2a)i)<sup>117</sup> de la Ley Modelo de la CNUDMI. Los dos primeros coinciden en que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando una de las partes que suscribió el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad. El último contempla la posibilidad de solicitar la anulación del laudo cuando se presente la misma situación.

---

<sup>114</sup> Las diferencias en los asuntos que son arbitrables es uno de los problemas a los que se les pretende dar solución en esta tesis. Por eso, lo concerniente a la ley aplicable para evaluar la arbitrabilidad objetiva se desarrolla al final de este trabajo.

<sup>115</sup> “Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable [...]

<sup>116</sup> “Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; [...]

<sup>117</sup> “Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral [...]

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, [...]

De lo anterior se desprende que la arbitrabilidad subjetiva se refiere a la capacidad para celebrar válidamente pactos arbitrales. En este sentido, puede definirse como “la aptitud de las partes para someter a arbitraje una pretensión derivada de una disputa en la que están implicadas”<sup>118</sup>. Normalmente, quienes tienen restringida su capacidad para obrar en este aspecto son los organismos públicos. En algunos ordenamientos existen prohibiciones que les impiden ventilar sus controversias en arbitraje, mientras que en otros pueden hacerlo cuando medie autorización o luego del cumplimiento de algunos requisitos<sup>119</sup>. Entonces, así como sucede con la arbitrabilidad objetiva, la determinación de las personas que pueden recurrir al arbitraje depende de la legislación aplicable.

## F. CONSIDERACIONES

A lo largo de este primer capítulo se han presentado las nociones básicas del arbitraje comercial internacional. Además, se han sentado las bases que permiten aproximarse a la respuesta al interrogante acerca de si los litigios relacionados con derechos morales de autor pueden decidirse en sede arbitral. En cuanto a las características y las modalidades del arbitraje internacional, quedó claro que este mecanismo -sea administrado o no- busca ajustarse a las necesidades de las partes del proceso. En consecuencia, se ha convertido en una de las vías de mayor uso para la resolución de conflictos comerciales en el ámbito internacional.

Con relación a los presupuestos, son necesarios para acceder a este medio de solución de controversias la internacionalidad y la comercialidad. Respecto del primero, se expuso que para determinar la internacionalidad de un litigio la Ley Modelo provee cuatro criterios que son acogidos con algunos matices por las diferentes legislaciones nacionales. En lo concerniente al segundo, se demostró que la noción de comercialidad debe estudiarse desde una perspectiva internacional y no limitarla por conceptos nacionales. Este planteamiento permite que cuestiones relativas a derechos morales de autor sean consideradas comerciales para efectos del arbitraje internacional.

Sobre los requisitos de validez del pacto arbitral, los convenios arbitrales se presumen válidos a menos que el tribunal compruebe que este es nulo, ineficaz o inaplicable. Como se expuso, la nulidad hace referencia a situaciones que vician de origen la validez del acuerdo, por afectar sus elementos sustanciales. Por su parte, se mencionó que la ineficacia alude a eventos de índole jurídica surgidos con posterioridad a la suscripción de un pacto arbitral que había nacido válido. En relación con la inaplicabilidad, se explicó que se refiere a circunstancias fácticas que, en la práctica, imposibilitan la ejecución del convenio. Finalmente, se recalcó que cuando conforme a una interpretación razonable pueda dársele efectos a la cláusula, el arbitraje debe prevalecer.

---

<sup>118</sup> GANDÍA. Op. Cit., p. 48.

<sup>119</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit, p. 262.

Con respecto a la arbitrabilidad, esta tiene una doble perspectiva. Por un lado, la arbitrabilidad *ratione personae* es la capacidad de las personas para celebrar válidamente un pacto arbitral. Por el otro, la arbitrabilidad *ratione materiae* se refiere a los asuntos que son susceptibles de llevarse a arbitraje. Los temas que se consideran arbitrables varían de jurisdicción en jurisdicción y se han ido ampliando con el paso del tiempo. Lo anterior se debe a decisiones de política legislativa que, a su vez, responden a un aumento en la confianza depositada en el arbitraje como un medio idóneo de solución de conflictos.

## CAPÍTULO II

### DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor es una rama de la propiedad intelectual<sup>120</sup> que se ocupa de la protección de las creaciones intelectuales originales expresadas por un ser humano. Con el fin de proteger e incentivar la producción de estas creaciones, confiere a su titular un derecho exclusivo de explotación del bien o materia objeto de protección. Al mismo tiempo, propende por generar un equilibrio entre el interés privado y el interés público, de ahí que la duración de la protección sea limitada en el tiempo por razones de la enseñanza, la investigación, la cultura y la información<sup>121</sup>.

Vistas las nociones básicas del arbitraje comercial internacional, en este capítulo se expone un marco general sobre el derecho de autor. Se presentan los aspectos básicos de esta rama de la propiedad intelectual, esto es, su objeto de protección, su contenido y su naturaleza jurídica. En cuanto al primer aspecto, se explica qué es la obra y los requisitos que debe cumplir para ser considerada como tal. Luego, se desarrollan las facultades morales y patrimoniales. Allí se analizan las fronteras entre ambas y sus consecuencias frente a la arbitrabilidad. En relación con la naturaleza jurídica, se desvirtúa la idea de que el derecho de autor, incluso su contenido moral, sea un derecho de la personalidad. Ello constituye un argumento importante al momento de aceptar la arbitrabilidad de los derechos morales de autor.

#### A. OBJETO DE PROTECCIÓN

El objeto de protección del derecho de autor es un bien inmaterial: la obra. Esta, según el artículo 3° de la Decisión 351 de Comunidad Andina (CAN), se entiende como “[t]oda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”<sup>122</sup>. Es por ello que el objeto sobre el cual recae la protección de esta disciplina jurídica no se identifica con su soporte material -por muy dependiente que sea la obra del soporte-, pues este es apenas el vehículo que le permite a la obra ser conocida por terceros<sup>123</sup>.

Se debe distinguir entonces entre la obra *-corpus mysticum-* y el soporte que la incorpora *-corpus mechanicum-*. Este último desempeña un papel auxiliar y secundario, aunque en ocasiones pueda

---

<sup>120</sup> Tradicionalmente, el estudio de la propiedad intelectual se ha dividido en dos ramas: la propiedad industrial y los derechos de autor y derechos conexos.

<sup>121</sup> RENGIFO, Ernesto. *Propiedad intelectual: El moderno derecho de autor*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 50.

<sup>122</sup> En el mismo sentido, Delia Lipszyc sostiene que una obra es la forma “de expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida” LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalía S.A., 1993, p. 61.

<sup>123</sup> HERNÁNDEZ, Patricia. Derechos de autor. En: *Handbook of intellectual property*. Bogotá: Cavelier Abogados, 2017, p. 93.



tener enorme relevancia<sup>124</sup>. Por ejemplo, en el caso de obras literarias, si se destruye cualquiera de sus ejemplares, la obra en sí misma no se ve afectada. En cambio, tratándose de obras artísticas, que la mayoría de las veces tienen un único soporte material, una alteración en este podría constituir una violación del derecho moral a la integridad<sup>125</sup>.

Ahora bien, no toda creación es una obra. Para que esta última pueda hacerse acreedora de la tutela que ofrece el derecho de autor, es necesario que cumpla con unos requisitos mínimos. Debe ser materializada en el mundo sensible, ser original y provenir del intelecto humano.

*El derecho de autor protege la materialización de las ideas.*

La ley y la doctrina sostienen de forma unánime que el derecho de autor no protege las ideas, sino la forma en que ellas se exteriorizan. Así lo establecen, entre otros, el artículo 2º del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) de 1996<sup>126</sup>, el artículo 7º de la Decisión 351 de la CAN<sup>127</sup> y la § 102 del *Copyright Act* de 1976<sup>128</sup>. Es su cristalización en el mundo sensible y no los pensamientos que se quedan en el mundo de las ideas lo que recibe protección jurídica, pues estos no constituyen una obra, sino apenas su insumo principal.

Como afirma Lipszyc,

[s]i se otorgaran derechos exclusivos sobre las ideas *consideradas en sí mismas*, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de creatividad intelectual [...] Una misma idea, una misma investigación, un mismo tema son retomados ininidad de veces, En su desarrollo, cada autor aporta la impronta de su personalidad, su individualidad [...] lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente, de proseguir el camino sin tener que rehacerlo<sup>129</sup> [Cursivas del texto original].

Conforme a lo anterior, una misma idea puede ser utilizada muchas veces por diferentes personas. De hecho, el derecho de autor incentiva la creación, siempre teniendo presente que a partir de una

---

<sup>124</sup> BERCOVITZ, Rodrigo *et al.* *Manual de propiedad intelectual*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 21.

<sup>125</sup> GUZMÁN, Diego. *Derecho del arte: El derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 74.

<sup>126</sup> “**Artículo 2.** La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

<sup>127</sup> “**Artículo 7.** Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.

<sup>128</sup> “**Copyright Act 17 U.S. Code §102.** [...] (b) En ningún caso la protección otorgada por el *Copyright* a una obra se extiende a una idea, procedimiento, proceso, sistema, método, concepto, principio o descubrimiento, independientemente la forma en la que este sea descrito, explicado, ilustrado o incorporado en esa obra” [Traducción propia].

<sup>129</sup> LIPSYC. Op. Cit., p. 62.

sola idea pueden surgir un sinnúmero de obras. Es decir, el derecho de autor propende por un aprovechamiento práctico de las ideas y los conocimientos<sup>130</sup>. Incluso, es posible tomar elementos de otras obras, lo ilícito sería tomar aquellos que reflejen la individualidad de una de ellas<sup>131</sup>. Por ejemplo, mucho se ha dicho ya sobre la propiedad intelectual y otro tanto más sobre el arbitraje comercial internacional. Si el primer autor que habló de una u otra materia hubiera podido impedir que otros con posterioridad la estudiaran e hicieran sus aportes con un sello propio, reclamar derechos de autor sobre este trabajo sería imposible.

Ahora bien, la creación puede ser expresada de diferentes formas que no necesariamente requieren su fijación. La fijación se refiere a la incorporación de la obra en cualquier medio material. Si se piensa en un *performance*, esa creación no se encuentra fijada. Sin embargo, que esté amparada o no por el derecho de autor dependerá del ordenamiento jurídico. En el derecho comunitario andino, el citado artículo 3° de la Decisión 351 de la CAN indica que la obra debe ser susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, de ahí que se pueda concluir que para los países miembros de la CAN la fijación es opcional mientras esta sea posible, no un requisito para acceder a la protección que confiere el derecho de autor. En el mismo sentido, la tendencia en los países europeos es que no se exija la fijación como un requisito para la protección de la creación por el derecho de autor<sup>132</sup>.

Por su parte, en Estados Unidos sí se requiere que la obra se encuentre fijada y, además, que esa incorporación sea duradera en el tiempo. En efecto, la § 102 del *Copyright Act* establece que “la protección del *copyright* subsiste en las obras originales creadas por un autor que se encuentren fijadas en cualquier medio de expresión tangible” [Traducción propia]. Además, la § 101 preceptúa que una obra está fijada en un medio de expresión tangible “cuando su incorporación en una copia o en una grabación por el autor o con su autorización es lo suficientemente permanente o estable, de manera que permita percibirla, reproducirla o comunicarla de cualquier forma por un periodo de tiempo más que transitorio” [Traducción propia].

En el caso *Chapman Kelley v. Chicago Park District*, el autor reclamaba por la violación de su derecho moral a la integridad luego de que la autoridad de parques redujera su jardín a la mitad y convirtiera su forma elíptica en rectangular. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito consideró que el jardín no cumplía con el requisito de fijación porque sus elementos estaban vivos y, por tanto, cambiaban constantemente. Según el razonamiento de la Corte, no era posible saber cuándo la obra había quedado fijada, si al momento en el que el jardín se había plantado, cuando habían aparecido las primeras flores o cuando estaba completamente florecido. La Corte concluyó

---

<sup>130</sup> HERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 95.

<sup>131</sup> “Hay violación del derecho de autor si se toman o reproducen los elementos sustanciales de una creación precedente, de manera total o parcial”. Colombia. Tribunal de Arbitramento Fundación Cardiovascular de Colombia v. Informática Hospitalaria Integrada S.A. - Hospital I. Laudo del 19 de mayo de 2010. Árbitros: Ernesto Rengifo García, Guillermo Zea Fernández y Daniel Peña Valenzuela, p. 82.

<sup>132</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 49.

que “como el jardín de *Kelley* no es ‘una obra de autoría’ ni está ‘fijado’ en el sentido requerido por el *copyright* básico, no puede calificar para la protección de derechos morales bajo el VARA”<sup>133</sup>.

En suma, las ideas en sí mismas consideradas pertenecen al dominio público, así que nadie puede apropiarse de ellas. Por lo tanto, es necesario que el autor exprese sus ideas de alguna forma, y la manera especial en que lo haga será la que reciba protección del derecho de autor. Esa exteriorización, dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate, deberá o no quedar fijada en un soporte material.

### *El derecho de autor protege las creaciones originales*

El segundo requisito que se necesita en una creación para que sea considerada obra es que sea original. La pregunta que necesariamente surge es qué debe entenderse por originalidad. Tradicionalmente, se ha distinguido entre originalidad objetiva y originalidad subjetiva. No obstante, ambas nociones han sido objeto de críticas, por lo cual se ha hecho necesario redefinirlas.

La originalidad objetiva implica que la creación no puede ser una reproducción de otra obra. Es importante diferenciar entre este concepto y el de novedad que se maneja en la propiedad industrial. Que una creación sea novedosa significa que no haya existido previamente<sup>134</sup>. Tiene sentido entonces que esta noción sea la que se aplique en el campo de las invenciones. En cambio, retomando la idea de que para la producción de nuevas obras pueden usarse elementos de otras ya existentes sin que esto signifique una violación al derecho de autor, no es de extrañarse que lo exigido para que la obra quede protegida no es que sea novedosa.

Por su parte, tradicionalmente la originalidad subjetiva se ha referido a que la obra debe expresar lo propio de su autor, llevar la impronta de su personalidad<sup>135</sup>. En otros términos, “[e]l trabajo es protegido en la medida en que incorpore o refleje la personalidad de su autor. Se requiere, por lo tanto, que la personalidad se demuestre a través de la creación”<sup>136</sup>. Este tipo de originalidad puede apreciarse, por ejemplo, en la música cristiana, toda vez que en las obras se ven reflejados los valores de los autores.

---

<sup>133</sup> *Chapman Kelley v. Chicago Park District* 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011).

<sup>134</sup> “En relación con una obra, la originalidad significa que ésta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta a la originalidad de una creación independiente. En el caso de una obra derivada, la originalidad radica en el método particular de adaptación de la obra preexistente [...]” BOYTHA, György. *Glosario OMPI de Derecho de autor y Derechos conexos*. Ginebra: OMPI, 1980, p. 171.

<sup>135</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 65.

<sup>136</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 81.

Como ya se mencionó, los dos conceptos de originalidad han sido criticados. Por un lado, la originalidad objetiva yerra al considerar que basta con que una creación no sea una copia de otra para que sea original. De atenernos a este criterio, todos los directorios telefónicos estarían protegidos por el derecho de autor porque necesariamente son únicos, pero en muchos países se han excluido de dicha protección<sup>137</sup>. En el caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*<sup>138</sup>, la Corte consideró que el directorio de Rural no era una obra protegida por el *copyright*, pues aunque la compañía había realizado un esfuerzo suficiente como para hacer un directorio útil, no había sido lo suficientemente creativo como para hacerlo original. La originalidad “requiere que el autor haga una selección o un diseño independiente (sin copiar esa selección o diseño de otra obra), y que con ello demuestre un nivel mínimo de creatividad”<sup>139</sup> [Traducción propia].

En relación con la originalidad subjetiva, esta también ha sido criticada. Esto se debe a que en muchas ocasiones un trabajo no es un reflejo de la personalidad de su autor, tal como sucede, por ejemplo, con el *software*. Hoy en día, este concepto de originalidad ha quedado relegado, pues normalmente corresponde con la creación tradicional de las artes clásicas, como la literatura, la música, la pintura o la escultura. Sin embargo, actualmente un gran número de creaciones implican tan escasa aportación creativa del autor, que resulta imposible afirmar que ellas son una manifestación de la personalidad de su creador<sup>140</sup>.

Adicionalmente, la interpretación de una obra depende del observador. Esto quiere decir que, tal como lo sostiene Rengifo, la percepción que se tiene de una obra depende de la persona que tenga contacto con ella, de ahí que dicha percepción no siempre se identifique con el estado de la mente del autor al crear la obra. En últimas, “la búsqueda de la personalidad del creador es, con frecuencia, una búsqueda de nosotros mismos”<sup>141</sup>. Para ilustrar la cuestión, piénsese en la obra “Guernica” de Pablo Picasso, con la cual este buscaba mostrar su repulsión hacia la guerra que azotaba a España en esa época. No obstante, si un surrealista contempla la obra, es posible que, más allá del grito contra la guerra, considere que la pintura resalta las batallas -invisibles pero reales- que se libran en el subconsciente.

Por lo expuesto, puede concluirse que la noción de originalidad objetiva es necesaria pero no suficiente para amparar una obra con el derecho de autor. Debe complementarse con la originalidad subjetiva, entendida no como el reflejo de la personalidad del autor en la obra, sino como la manifestación de su capacidad intelectual<sup>142</sup> que le brinde a la obra individualidad. El nivel de

---

<sup>137</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 82.

<sup>138</sup> *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S.

<sup>139</sup> El nivel de creatividad al que se refiere la Corte es uno muy bajo, tanto que casi cualquier obra puede alcanzarlo, pues normalmente tienen una “chispa creativa”. Ibid.

<sup>140</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 53.

<sup>141</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 81.

<sup>142</sup> Este nuevo concepto de originalidad subjetiva fue expuesto por Ernesto Rengifo al analizar la sentencias de la Corte Suprema Francesa en el caso S.A. Babola Maillot v. Pachot, Sté Williams Electronis Inc. v. Claudie Tel & Sté

originalidad exigible también dependerá de la libertad que tenga el autor al realizar obras de distinta categoría. Si se trata de una pintura o una pieza musical, el artista tendrá mayor discrecionalidad que quien realiza los planos de una obra arquitectónica<sup>143</sup>.

Esta aplicación conjunta de las dos nociones de originalidad ha sido planteada por el Tribunal Andino de Justicia, el cual indicó que “[l]a obra protegida debe ser original, con características propias que la hagan diferente; lo que se protege es la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas”<sup>144</sup>. Lo anterior significa que

[e]l Tribunal exige así a la obra el contar con elementos suficientes para diferenciarla objetivamente de otras. Asimismo, requiere de un elemento subjetivo como lo es el contar con el estilo propio del autor. Ello permite concluir que una obra debe contar con características que la individualicen de las demás y también constituir un reflejo del intelecto del autor<sup>145</sup>.

Lo expuesto da cuenta de que el análisis para la protección de una creación por el derecho de autor no se limita a uno u otro concepto de originalidad, porque ambos por sí solos son insuficientes. En cambio, para que una creación sea considerada obra, debe alcanzar estándares tanto objetivos como subjetivos. En este sentido, el autor debe haber desplegado un esfuerzo intelectual que permita concluir que su trabajo tiene algún grado de creatividad y no es una copia de una creación precedente<sup>146</sup>.

### *La creación debe ser intelectual*

A partir de la definición de “obra” planteada anteriormente, el segundo de los requisitos que debe cumplir una creación para que pueda ser protegida por el derecho de autor es que provenga del intelecto. De hecho, la misma Decisión 351 define al autor como aquella persona física que realiza la creación intelectual. Es por ello que el Tribunal Andino de Justicia ha entendido que tal característica hace referencia a una cualidad humana, al afirmar que

El derecho de autor protege todas las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, **que sean fruto del ingenio humano**, cuando ellas son o puedan ser accesibles a la percepción sensorial y puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad<sup>147</sup> [Destacado propio].

---

Jeutel y Sté Atari Inc. v. Valodon. La Corte afirmó que debe lograrse un mínimo umbral de creatividad que reflejara en el trabajo el esfuerzo intelectual del autor. RENGIFO, Op. Cit., p. 82.

<sup>143</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 54.

<sup>144</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial, Proceso 002-IP-2010, 24 de marzo de 2010.

<sup>145</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 42.

<sup>146</sup> Colombia. Tribunal de Arbitramento de AS Colombia Ltda. v. Informática y Gestión S.A. Laudo del 17 de octubre de 2006. Árbitro: Ernesto Rengifo García, p. 17.

<sup>147</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial, Proceso 20-IP-2007, 18 de abril de 2007.

Para que una creación se considere obra, la doctrina también ha considerado que debe ser realizada por una persona física, pues estas “son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas, constituyen acciones que solo pueden ser realizadas por seres humanos.”<sup>148149</sup>

Por su parte, el *Copyright Act* no dice expresamente que el autor deba ser necesariamente un ser humano. Sin embargo, la jurisprudencia sí se ha referido a este requisito. En el caso *Chapman Kelley v. Chicago Park District*, anteriormente citado, la Corte también consideró que a pesar de que un “autor humano” era quien determinaba el diseño inicial del jardín, las semillas -que podían ser consideradas el medio de expresión- se originaban en la naturaleza, y era ella, y no el intelecto del autor, la que determinaba su forma, crecimiento y apariencia<sup>150</sup>.

Asimismo, en el caso *Naruto v. David J. Slater*, en el que una macaca se tomó una *selfie* usando la cámara de un fotógrafo, la Corte del Distrito de California reafirmó que solo las creaciones provenientes del intelecto humano pueden ser protegidas por el *copyright*. Para ello, se remitió al Compendio de Prácticas de la Oficina de Derechos de Autor. El Compendio, a diferencia del *Copyright Act*, indica que “las obras deben ser creadas por un ser humano. Las creaciones que no cumplan este requisito no son susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor”<sup>151</sup> [Traducción propia]. Aquí, fue el mono quien decidió las condiciones de tiempo, modo y lugar de la fotografía. En este tipo de creaciones, la elección de estos aspectos debe provenir de un ser humano, pues con ello es se evidencia la labor intelectual del fotógrafo que hace protegible la obra.<sup>152</sup>

En el mismo sentido, la Ley alemana de Derecho de Autor y Derechos Conexos define al autor como aquella persona que crea la obra<sup>153</sup>. En definitiva, dado que las obras requieren un esfuerzo intelectual, es universalmente entendido que deben ser desarrolladas por seres humanos. En otras palabras, solo las personas naturales pueden ser autores, pues son las únicas que tienen el intelecto para crear obras.

Hasta aquí se han expuesto los requisitos que debe cumplir una creación para ser protegida por el derecho de autor. Así entonces, su objeto de protección es la obra, entendida como un bien

---

<sup>148</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 123.

<sup>149</sup> En sentido similar, Patricia Hernández afirma que “[a]utor es aquella persona natural que crea la obra, es decir, quien utiliza su intelecto y creatividad para desarrollar el objeto de protección. En este sentido, únicamente las personas naturales pueden ser autores, pues sólo ellos [sic] tienen el intelecto para ser creadores de obras. Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta que la protección que confiere el derecho de autor surge desde el momento mismo en que la obra es creada, corresponde decir que la titularidad originaria siempre estará en cabeza del autor [...], al ser este el creador de la obra”. HERNÁNDEZ, Op. Cit., p. 101.

<sup>150</sup> *Chapman Kelley v. Chicago Park District*. Op. Cit.

<sup>151</sup> COPYRIGHT OFFICE. *Compendium of the U.S. Copyright Office Practices*. 3ª edición, 2014., § 306.

<sup>152</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 46.

<sup>153</sup> “Artículo 7°. El autor es la persona que crea la obra” [Traducción propia].

inmaterial que está exteriorizado, es original y es producto de la capacidad intelectual de una persona. Es importante mencionar, además, aquellos aspectos que no son relevantes al momento de buscar la protección, pero que sí caracterizan el derecho de autor.

En primer lugar, el modo de adquirir la propiedad sobre los derechos de autor es la creación. A diferencia de lo que sucede en la propiedad industrial, donde el registro es condición necesaria para la protección, en el derecho de autor no se exige registro ni ninguna otra formalidad. Así lo establecen, por ejemplo, el artículo 5° numeral 2° del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas<sup>154</sup> -en adelante Convenio de Berna-, el artículo 52 de la Decisión 351 de la CAN<sup>155</sup> y el artículo 9° de la Ley 23 de 1982<sup>156</sup>. La protección que el ordenamiento jurídico le otorga a los derechos de autor es automática, de ahí que la existencia del registro tenga un valor apenas declarativo y no constitutivo<sup>157</sup>.

Segundo, el derecho de autor no juzga el valor artístico o cultural de una obra. El mérito que se le otorgue depende de las consideraciones del público, de la crítica especializada. Por eso, este no puede ser un requisito para que la obra sea protegida por esta disciplina normativa<sup>158</sup>. No son pocos los ejemplos de artistas cuyos trabajos no fueron valorados sino después de su muerte, entre ellos se encuentran personajes tan importantes como H. P. Lovecraft<sup>159</sup> o Vincent Van Gogh<sup>160</sup>. Esta circunstancia no es óbice para que sus creaciones hayan estado siempre protegidas por el derecho de autor.

La protección tampoco depende de la destinación que tenga la obra. Cualquier obra que cumpla con los requisitos anteriormente mencionados, sin importar que tenga un fin cultural, comercial o industrial -incluso aunque no tenga vocación de ser divulgada y se quede guardada en la mesa de noche del creador- se hace acreedora de la tutela del derecho de autor. Tampoco le incumbe al derecho, para efectos de la protección, analizar la forma de expresión de la obra (escrita, oral,

---

<sup>154</sup> “**Artículo 5°.** 2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra.”

<sup>155</sup> “**Artículo 52.** La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión”.

<sup>156</sup> “**Artículo 9°.** La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen.”

<sup>157</sup> Así lo indica la Decisión 351 de la CAN, en su artículo 53: “El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.”

<sup>158</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 67.

<sup>159</sup> Actualmente es considerado uno de los grandes maestros del terror y la ciencia ficción. Autores como S. T. Joshi han dedicado su vida a estudiar su obra. Sin embargo, Lovecraft solo ganó reconocimiento luego de su muerte cuando se empezaron a publicar volúmenes póstumos que recopilaban sus historias.

<sup>160</sup> Falleció a los 37 años, luego de crear alrededor de 900 cuadros y 1.000 dibujos. Murió sin haber vendido la mayoría de sus obras y sin fama, en medio de su enfermedad mental. Ahora, se ha convertido en uno de los símbolos universales del arte. GUTIÉRREZ, Ana. Una nueva vida animada para Van Gogh. En: *Arcadia*. 2017. Disponible en: <http://www.revistaarcadia.com/cine/articulo/loving-vincent-pelicula-animada-vincent-van-gogh/67033>.

gráfica), ni la forma en que esta es dada a conocer al público (reproducción, representación, radiodifusión, etc)<sup>161</sup>.

En este acápite se han expuesto lo concerniente al objeto de protección del derecho de autor, para lo cual se ha abordado el tema desde dos aristas. La primera, referida a los requisitos mínimos que deben cumplir las creaciones para que sean consideradas obras. La segunda, relacionada con las cuestiones que no son necesarias para que a una creación se le otorgue la tutela del derecho de autor. En todo caso, ambas caracterizan el objeto de protección de esta disciplina jurídica.

A continuación, se explica el contenido del derecho de autor, esto es, las facultades morales y patrimoniales. Si bien el objeto de este trabajo se limita a la arbitrabilidad de los derechos morales, también se explicará lo pertinente acerca de los derechos patrimoniales, teniendo en cuenta que hay casos en los que ambos tipos de derechos se solapan.

## **B. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR**

El derecho de autor tiene un doble contenido: patrimonial o económico y extrapatrimonial o moral. En virtud del primero, el autor tiene derechos sobre la explotación de su obra. El segundo, ampara la relación que el autor tiene con su obra, otorgándole un gran poder de control sobre ella, aun cuando este ya no tenga la titularidad de los derechos económicos<sup>162</sup>. En suma, el derecho de autor confiere al creador, desde el mismo momento de la creación, un cúmulo de facultades. Por presentar características especiales, a continuación se explican de manera separada.

### **1. DERECHOS MORALES. Características y reconocimiento.**

La especialidad que caracteriza al derecho de autor le agrega a las facultades patrimoniales un conjunto de prerrogativas morales que protegen la conexión del autor con su obra. Aun luego de haber transferido sus derechos patrimoniales o de nunca haberlos tenido en cabeza suya, el autor conserva algún grado de control sobre su obra que, aunque no le reporta beneficio económico, le permite asegurarse de poder mantener su vínculo con ella<sup>163</sup>.

#### *Características*

En todos los ordenamientos jurídicos los derechos morales se caracterizan por ser inalienables e inembargables. Ahora bien, existen legislaciones que han extendido su protección al atribuirles un carácter irrenunciable, perpetuo y/o imprescriptible. En el caso colombiano se ha llegado a reconocerles el carácter de derechos fundamentales. En consecuencia, la protección de las facultades morales de autor variará dependiendo del Estado de que se trate.

---

<sup>161</sup> HERNÁNDEZ. Op. Cit., p. 97.

<sup>162</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 120.

<sup>163</sup> Ibid, p. 121.



En primer lugar, los derechos morales son inalienables porque no se pueden disponer a través de ningún acto entre vivos. Es decir, no se pueden transferir mediante un contrato de cesión. Incluso en las legislaciones basadas en el *common law*, cuyo estándar de protección de los derechos de autor es bajo en comparación con los regímenes del *civil law*<sup>164</sup>, se dispone que el autor no puede transferir sus derechos morales a terceros. Tan claro es el carácter inalienable de estos derechos que, en ordenamientos como el colombiano, después de la muerte del autor los herederos pueden reclamar su protección en representación del autor fallecido, mas no como titulares del derecho.

El carácter inalienable de los derechos morales lleva consigo su inembargabilidad. Es evidente que si estos derechos no se pueden disponer -ceder, gravar, licenciar-, tampoco pueden ser objeto de embargo. No hace falta entonces que las diferentes legislaciones determinen que son inembargables, aunque algunas sí lo hacen. Así lo establecen el artículo 11 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México.

En relación con la irrenunciabilidad, se pretende proteger al autor del riesgo de no poder ejercer sus facultades morales. Ello, teniendo en cuenta que en determinadas circunstancias este puede encontrarse en una posición de negociación desventajosa<sup>165</sup>. Así sucede en la Comunidad Andina, México, Brasil, España, entre otros.

En contraste con lo anterior, el *Copyright Act* estadounidense permite renunciar a los derechos morales. La renuncia significa que el titular del derecho puede decidir abstenerse de ejercerlo<sup>166</sup>. Ello contrasta con la transferencia, que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de disponer de él, por ejemplo, mediante un contrato de cesión de derechos. El literal e) de la §106a del *Copyright Act* establece que los derechos de paternidad e integridad no pueden ser transferidos, pero pueden ser renunciados mediante un documento escrito firmado por el autor. Así entonces, un autor puede renunciar a sus derechos morales, pero no puede transferirlos a un tercero.

Lo propio sucede en la legislación inglesa. En efecto, el artículo 87 del *Copyright, Designs and Patents Act* dispone que cualquiera de los derechos morales conferidos por la ley podrá ser renunciado por su titular mediante un documento escrito. Incluso, la norma permite renunciar los derechos morales sobre obras futuras. En este sentido, la Oficina de Propiedad Intelectual inglesa ha afirmado que los derechos morales, a diferencia de los patrimoniales, no pueden ser vendidos o transferidos a cualquier otro título<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Como se explicará a lo largo de este acápite, en el *Copyright*, propio de los ordenamientos jurídicos basados en el *common law*, el reconocimiento de los derechos morales es mucho más limitado que en los países de tradición continental. Por eso, sus características -salvo la inalienabilidad y la inembargabilidad- son diferentes.

<sup>165</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 127.

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. The rights granted by Copyright. *Copyright* 2015. Disponible en: [www.gov.uk/guidance/the-rights-granted-by-copyright](http://www.gov.uk/guidance/the-rights-granted-by-copyright)

Por otro lado, el carácter perpetuo se refiere al control *post mortem auctoris* de todos o algunos de los derechos morales, ejercido por el cónyuge y los herederos del autor, mientras la obra está en el dominio privado, o por el Estado una vez la obra entra en el dominio público. Así lo establecen, por ejemplo, el artículo 11 de la Decisión 351 de la CAN, los párrafos 2° y 3° del artículo 30 de la ley colombiana de derechos de autor y el artículo 24 secciones 1 y 2 de la ley brasilera de derechos de autor y derechos conexos. En Francia, el artículo L121-1 del *Code de la Propriété Intellectuelle* también dispone que los derechos morales son perpetuos y consagra, además, que al momento de la muerte del autor su ejercicio corresponderá a sus herederos o a terceros en virtud de disposición testamentaria. Asimismo, el artículo 23 de la Ley italiana consagra que estos derechos podrán hacerse valer sin límite de tiempo.

En otras legislaciones, los derechos morales tienen duración limitada. Es el caso del *Copyright Act* de Estados Unidos, cuya sección 106a confiere los derechos morales de paternidad e integridad, exclusivamente para las obras de arte, por la duración de la vida del autor -si la obra se crea con posterioridad a la entrada en vigencia del VARA- o por la duración de la protección de los derechos patrimoniales -si la obra fue creada con anterioridad-. En el Reino Unido el artículo 86 del *Copyright, Designs and Patents Act* otorga derechos morales mientras subsista la protección del *copyright* para algunos casos y, para otros, hasta 20 años después de la muerte del autor.

Algunos ordenamientos jurídicos también contemplan la imprescriptibilidad como una nota distintiva de los derechos morales. Esto ocurre en la Comunidad Andina<sup>168</sup> y en Francia<sup>169</sup>. En cambio, el artículo 102 de la ley de derechos de autor de Alemania de 1965 dispone que las acciones por la infracción de los derechos patrimoniales o cualquier otro derecho protegido por dicha ley, prescribirán tres años después del momento en el que el titular tenga conocimiento de la infracción y de la identidad del infractor, o 30 años después de la infracción, sin importar si tuvo conocimiento. En el mismo sentido, en España la acción caduca a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla<sup>170</sup>.

Por último, en la jurisprudencia colombiana se ha llegado a reconocer el carácter de derechos fundamentales a los derechos morales. La Corte Constitucional, en la sentencia C-155 de 1998 afirmó que

---

<sup>168</sup> “**Artículo 11.** El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, - 5 - c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor” [...] (CAN, Decisión 351).

<sup>169</sup> “**Decreto legislativo N° 822 de 1996. Artículo 21.** Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.”

<sup>170</sup> Real Decreto Legislativo 1 de 1996, artículo 140.

[...] los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva<sup>171</sup>.

Así, en Colombia los derechos morales no solo son perpetuos, inalienables e irrenunciables, siguiendo lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 23 de 1982. Además son protegibles mediante acción de tutela<sup>172</sup>.

Teniendo en cuenta el alcance de este trabajo, de las características expuestas, la inalienabilidad es la que cobra mayor importancia porque la imposibilidad de disponer libremente de los derechos morales ha constituido el mayor obstáculo para admitir su arbitrabilidad. Lo anterior, por cuanto, como se mencionó en el primer capítulo, algunas legislaciones<sup>173</sup> consagran que se podrán llevar a arbitraje las controversias que recaigan sobre materias de libre disposición. Sin embargo, como se demostrará más adelante, incluso litigios relacionados con derechos inalienables pueden ser conocidos por árbitros.

### *Reconocimiento*

A diferencia de los derechos patrimoniales, cuyo nivel de protección es más o menos el mismo en todos los ordenamientos jurídicos, en los derechos morales la extensión de su reconocimiento difiere dependiendo de la importancia que se le dé a la relación entre el autor y la obra<sup>174</sup>. Incluso, en un principio el Convenio de Berna no contemplaba los derechos morales. Solo hasta 1928, con la revisión hecha en Roma, estos derechos fueron reconocidos en el Convenio con la introducción del artículo *6bis*, según el cual

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

Así entonces, el Convenio de Berna solo se refiere a dos derechos morales: el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y a mantener su integridad. Estos dos son los que se reconocen a nivel internacional, aunque en algunos ordenamientos su ejercicio está restringido a ciertos tipos de

---

<sup>171</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 28 de abril de 1998.

<sup>172</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p.66.

<sup>173</sup> Es el caso de la Ley de Arbitraje de España.

<sup>174</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 46.

obras. Por ejemplo, en Estados Unidos, a nivel federal<sup>175</sup>, solamente aplican para las obras cubiertas por la §106a del *Copyright Act* -introducido por el *Visual Arts Rights Act* (VARA) de 1990-, que incluye pinturas, dibujos, esculturas o fotografías de ejemplar único o de edición limitada hasta de 200 ejemplares numerados y firmados por el autor<sup>176</sup>.

El reconocimiento de los demás derechos morales está sujeto a lo que disponga cada país. La Decisión 351 de la Comunidad Andina contempla, además de los derechos consagrados en el Convenio de Berna, el derecho de divulgación o derecho al inédito. No obstante, también deja la puerta abierta para que en cada legislación interna de los Países Miembros se reconozcan otros derechos morales. Haciendo uso de esa facultad, la Ley de derechos de autor colombiana amplió los derechos morales incluso respecto de la Decisión Andina, al reconocer también el derecho a modificar la obra antes o después de la publicación y el derecho de retracto. En contraste, en Estados Unidos ha sido la jurisprudencia la que ha ampliado el reconocimiento de los derechos morales. La Corte Suprema de Justicia, a partir del caso *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* en 1985, admitió el derecho de divulgación para todas las obras amparadas por el derecho de autor<sup>177</sup>.

Atendiendo a todo lo expuesto, puede apreciarse una clara diferencia en el tratamiento que han tenido los derechos morales en los países del *civil law* con respecto a los de tradición del *common law*, siendo los primeros mucho más proteccionistas de estos derechos. Esta diferencia podría obedecer a la concepción del derecho de autor que se maneja en cada sistema jurídico, pues las leyes de derechos de autor en los países del *civil law* le dan mayor importancia a la protección del creador, mientras que los regímenes jurídicos basados en el *common law* tienen una visión más pragmática y otorgan mayor relevancia al aspecto económico de las obras. Este entendimiento se

---

<sup>175</sup>A nivel estatal los derechos morales de integridad y paternidad para obras de arte ya se habían reconocido, por ejemplo, en el *California Art Preservation Act* (CAPA) de 1979. El *Massachusetts Art Preservation Act* 1985, por su parte, reconoció estos mismos derechos tanto para obras artísticas, como para obras audiovisuales.

<sup>176</sup>“*Copyright Act 17 U.S. Code §101* Una ‘obra de arte’ es — (1) una pintura, dibujo, impresión o escultura de la que solo exista un ejemplar único o una edición limitada de 200 copias o menos, que estén firmadas y numeradas consecutivamente por el autor, o, en el caso de las esculturas, que se encuentren talladas, moldeadas o fabricadas 200 ejemplares o menos, consecutivamente numerados por el autor y que tengan su firma o cualquier signo que lo identifique; o (2) una fotografía producida exclusivamente para exhibición, de la que solo exista un ejemplar único o una edición limitada de 200 copias o menos firmadas y numeradas consecutivamente por el autor.

Una obra de arte no incluye — (A)(i) cualquier afiche, mapa, globo, cuadro, dibujo técnico, diagrama, modelo, arte aplicado, película o cualquier otra obra audiovisual, libro, revista, periódico, base de datos, servicio electrónico de información, publicación electrónica o similar; (ii) cualquier artículo de mercadeo o material publicitario, descriptivo, de cobertura o de embalaje; (iii) cualquier porción o parte de los artículos mencionados en las cláusulas (i) y (ii); (B) cualquier obra hecha por encargo; o (C) cualquier creación que no esté protegida por el *copyright* según las disposiciones de este título” [Traducción propia].

<sup>177</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*. 471 U.S. 539 (1985). Citada en GUZMÁN. Op. Cit., p. 62.

vislumbra desde el término “*copyright*”, que significa derecho a copiar, en contraste con la expresión “derecho de autor”, que denota una perspectiva más personalista de la obra<sup>178</sup>.

### a) PATERNIDAD

Si lo que justifica la existencia del derecho de autor es la protección del resultado de la capacidad intelectual de una persona, entonces el derecho de paternidad se erige como el más importante, -al menos- de los derechos morales. Consiste en el derecho que tiene el autor a que se le reconozca la autoría de la obra que es producto de su ingenio, a que se le vincule con su obra<sup>179</sup>.

Para que se respete el derecho de paternidad, se debe indicar el nombre o seudónimo del autor cuando se realice cualquiera de los actos de comunicación pública de la obra<sup>180</sup>. Sin embargo, hay casos en los que el autor puede limitar su derecho permitiendo que se pueda omitir su nombre sin que esto constituya una violación del mismo. Ello ocurre en los casos de obras anónimas<sup>181182</sup>.

En Colombia, el Juzgado Once Civil del Circuito de Santafé de Bogotá en una sentencia del 9 de junio de 1995 protegió el derecho moral de la demandante, Luz Marina Villota, quien había redactado gran parte del trabajo contenido en 29 entregas de una obra colectiva titulada “Régimen Penal Colombiano”. Al término de la relación laboral de la demandante, la editorial Legis S.A. - demandada- continuó distribuyendo la obra a sus suscriptores, pero omitiendo el nombre de la señora Villota. El juzgado resolvió que, en vista de que se incorporaban partes sustanciales de la obra elaborada por la demandante, la editorial debía incluir su nombre “como compiladora parcial de la obra, en los lugares destinados para ese efecto, hasta tanto se mantengan y reproduzcan sus aportes”.<sup>183</sup>

La situación estadounidense es distinta. Dada la protección precaria que ofrece el *Copyright Act* respecto de los derechos morales, los autores se han visto obligados a buscar alternativas para hacerlos valer. Inicialmente, fue común que usaran disposiciones del derecho marcario para reclamar por el uso u omisión de su nombre en una obra protegida por el *copyright*, incluso luego

---

<sup>178</sup> En este sentido, véanse COOK y GARCÍA. Op. Cit. pp. 64-65, RENGIFO. Op. Cit., p. 80 y AGUADO, Luis, PALMA, Luis y PULIDO, Noemí. Derechos de autor. Enfoque económico, evolución y perspectivas. *Revista de Economía Institucional*. Bogotá, 2016, Vol. 18, N° 35, p. 152.

<sup>179</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 127.

<sup>180</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-523 del 4 de agosto de 2009.

<sup>181</sup> Podría pensarse que esto también ocurre en los casos de obras que se publican bajo un seudónimo. Sin embargo, en estos casos, tal y como afirma la Corte Constitucional en la sentencia citada, si bien no se conoce el nombre verdadero del autor, el derecho se violaría si no se indica el seudónimo usado cada vez que se utilice la obra. Así, la divulgación de una obra bajo seudónimo no constituye *per se* una limitación al derecho de reivindicar la paternidad de la obra. En cambio, sí tiene repercusiones, por ejemplo, en la duración de los derechos patrimoniales sobre la misma.

<sup>182</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 71.

<sup>183</sup> COLOMBIA. Juzgado Once Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Sentencia del 9 de junio de 1995. Citada por RENGIFO, Op. Cit., p. 129.

de haber transferido sus derechos. Su argumento era que el uso u omisión de su nombre podía ser engañoso en cuanto a quién se le daba crédito por la obra<sup>184</sup>.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp* en 2003. Fox tenía el *copyright* sobre la serie de televisión “*Crusade in Europe*”. SFM Entertainment y New Line Home Video, Inc. adquirieron de Fox el derecho para elaborar y distribuir una nueva versión de *Crusade* en video<sup>185</sup>. A su turno, Dastar lanzó un video set llamado “*World War II Campaigns in Europe*” a un precio inferior. Para hacer la serie, compró cintas de la serie de televisión original -que ya no estaba protegida por el *copyright*-, las copió y editó. También creó un nuevo empaque y cambió el título. Dastar vendió su serie como un producto propio, sin dar crédito alguno a la serie de televisión original de Fox o a la versión de New Line<sup>186</sup>. Por tratarse de una obra audiovisual, la serie de televisión no estaba amparada por el VARA, así que Fox, FM Entertainment y New Line Home Video, Inc. demandaron alegando que la venta de la serie de Dastar sin dar el crédito apropiado a la serie de televisión de Fox constituía un “*reverse passing off*”<sup>187</sup>, que infringía la § 43(a) del *Lanham Act*<sup>188</sup>.

La sentencia de la Corte aclaró que la prohibición que hay en el *Lanham Act* de dar falsas denominaciones de origen se refiere solo al origen físico de un producto, no al origen de la expresión de las ideas contenidas en ellos, por lo que no era necesario darle crédito a ninguno de los demandantes. Por tanto, Dastar fue absuelto de responsabilidad. A partir de ese fallo, los autores solo pueden reclamar “si hay una tergiversación engañosa en la publicidad que sea relevante para los consumidores” [Traducción propia].<sup>189</sup> En otras palabras, estos solo pueden usar las disposiciones del derecho marcario para defenderse de vulneraciones a su derecho de paternidad en obras no cubiertas por el VARA cuando la omisión del nombre del autor o la atribución errónea de la obra afecte negativamente a los consumidores. De ahí que, desde esta decisión, el uso del *Lanham Act* para estos efectos ya no sea tan frecuente.

---

<sup>184</sup> TUSHNET, Rebecca. Naming Rights: Attribution and Law. *Utah Law Review*. Washington D.C: Georgetown Public Law Research, Vol. 2007, No. 3, p. 789. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=facpub>

<sup>185</sup> *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003)

<sup>186</sup> Ibid.

<sup>187</sup> Conducta que consiste en hacer pasar las mercancías de otro como propias. Ibid.

<sup>188</sup> “**Lanham Act (Sección 43) 15 U.S. Code § 1125 - Falsas designaciones de origen, falsas descripciones y dilución prohibida. (a) Acción civil** (1) Cualquier persona que, en relación con cualquier producto o servicio, o cualquier contenedor de bienes, utilice en el comercio cualquier palabra, término, nombre, símbolo o dispositivo, o cualquier combinación de los mismos, o **cualquier denominación de origen falsa**, descripción falsa o engañosa de los hechos, o representación falsa o engañosa de los hechos, que: (A) pueda causar confusión, inducir un error, o engañar en cuanto a la afiliación, conexión o asociación de dicha persona con otra persona, o en cuanto al origen, patrocinio o aprobación de sus bienes o servicios, o actividades comerciales por otra persona, o (B) en publicidad comercial o promoción, describa de forma engañosa la naturaleza, características, cualidades u origen geográfico de sus bienes, servicios o actividades comerciales o los de otra persona, será declarado civilmente responsable [...]” [Traducción propia] [Destacado propio].

<sup>189</sup> TUSHNET. Op. Cit., p. 789.

Ahora bien, respecto de las limitaciones al derecho de paternidad mencionadas anteriormente, el interés de publicar una obra de forma anónima puede ser de un tercero o del autor. Por un lado, al autor le puede interesar conservar su identidad oculta. La publicación de una obra de forma anónima o bajo un seudónimo puede obedecer al temor por la persecución social o judicial, o a una estrategia de mercado para que la obra llegue a más personas<sup>190</sup>.

El interés también puede provenir de un tercero. En estos casos, en las legislaciones propias del *common law*, como Estados Unidos, Canadá<sup>191</sup> o el Reino Unido, es posible que el autor, mediante un contrato, renuncie a su derecho, obligándose a no reivindicar su paternidad<sup>192</sup>. Entonces, si la obra fue publicada anónimamente, deberá permanecer así. Esto no sería posible en las legislaciones en las que los derechos morales son irrenunciables. En Colombia, Perú, México o España, por ejemplo, a pesar de que se celebrara un acuerdo de esta naturaleza, este sería nulo<sup>193</sup>. En esta medida, el autor seguiría conservando su derecho y podría reclamar la autoría sobre su obra.

Con todo, el derecho moral a reivindicar la paternidad de la obra da cuenta de la importancia del vínculo con su autor. Además, el reconocimiento de una persona como autor de una obra, como se ha visto, le otorga la titularidad originaria sobre todas las facultades que conforman el derecho de autor. Por eso, la protección de este derecho -ya sea en mayor o menor medida- es esencial.

## **b) INTEGRIDAD**

Una obra es el resultado del esfuerzo intelectual de su autor. Es él quien la compone de manera que represente algo o transmita algún mensaje específico, sin perjuicio de las múltiples interpretaciones que le pueda dar el público una vez la conozca. Por esta razón, el autor tiene derecho a mantener la integridad de su creación. Se puede oponer a las deformaciones, cambios, mutilaciones o atentados contra ella. Lo anterior, atendiendo no solo al interés personal de que su pensamiento no sea desnaturalizado, sino también al derecho que tiene la comunidad de acceder a las obras tal y como fueron expresadas<sup>194</sup>.

Sin embargo, es claro que el derecho moral a la integridad de la obra no puede ser absoluto. De ser así, se eliminaría la posibilidad de la creación de obras derivadas porque el autor de la obra originaria podría oponerse a cualquier transformación. A pesar de esta consideración, el artículo 25 de la Ley sobre Derecho de Autor de Perú establece que “[p]or el derecho de integridad, el autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse

---

<sup>190</sup> GUZMÁN, p. 71.

<sup>191</sup> “*Copyright Act R.S.C., 1985, c. C-42 § 14.1* [...] (2) Los derechos morales no pueden ser cedidos pero se pueden renunciar total o parcialmente. (3) La cesión de un derecho patrimonial no constituye por ese solo acto una renuncia a los derechos morales. [...]” [Traducción propia].

<sup>192</sup> GUZMÁN. Op. Cit., pp. 71-74.

<sup>193</sup> RENGIFO. Op., Cit., p. 121.

<sup>194</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 168.

a **toda** deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma” [Destacado propio]. Lo anterior, amplía mucho el ejercicio del derecho moral, en detrimento del derecho patrimonial de transformación.

En contraste, el artículo 6*bis* del Convenio de Berna señala que el autor tendrá derecho a “oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la [obra] o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.” En esa medida, no cualquier modificación vulneraría el derecho a la integridad, solo aquellas alteraciones que causen daño al honor o reputación del autor.

La pregunta que sigue es qué debe entenderse por honor o reputación. Esta puede definirse como “el prestigio o estima en que se tiene a una persona por parte de las demás”<sup>195</sup>. Por tanto, una modificación que, por ejemplo, desmereciera profesionalmente al autor constituiría una vulneración al derecho a la integridad. También podría considerarse lesiva una alteración que implicara un atentado contra las ideologías por las cuales el autor es reconocido.

En el caso del mural “Hombre como Centro del Universo” del pintor mexicano Diego Rivera, el artista había sido contratado por John D. Rockefeller Jr. para pintar un mural en el lobby del *Rockefeller Center*. Separándose de los bocetos iniciales, el artista decidió incluir la figura de Vladimir Lenin en el mural. La familia Rockefeller le solicitó que retirara la representación del líder comunista de la pintura, y en vista de que Rivera se negó, el mural fue destruido en 1934. Si el pintor hubiera accedido a la solicitud de modificar la obra, seguramente lo habrían tildado de traidor a la lucha obrera, lo que sin duda hubiera afectado su reputación<sup>196</sup>.

Aunque algunas legislaciones<sup>197</sup> se limitan a reproducir el requisito de afectar el honor o la reputación del autor para considerar vulnerado el derecho a la integridad, otras añaden elementos que amplían o restringen las hipótesis de violación del derecho. En el numeral 3º inciso A de la sección 106 del *Copyright Act* de Estados Unidos se reconoce el derecho que tiene el autor de una obra de arte a “prevenir cualquier distorsión, mutilación u otra modificación **intencional** de la obra que pueda ser perjudicial para su honor o reputación [...]” [Traducción propia] [Destacado propio]. Se añade un elemento subjetivo que limita el derecho a la integridad del autor, por cuanto solo aquellas modificaciones intencionales -excluyendo las culposas- pueden ser objetadas.

Por el contrario, la adición de elementos en otros cuerpos normativos amplía las posibilidades de reclamación que tienen los autores. Ejemplos de ello se encuentran en ordenamientos jurídicos como el francés, el colombiano y el español. Los dos primeros señalan que el derecho moral a la integridad no solo se vulnera cuando se afecta la reputación del autor, sino también la reputación

---

<sup>195</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 129.

<sup>196</sup> GUZMÁN. Op. Cit., pp. 74-77.

<sup>197</sup> Es el caso de la legislación canadiense, inglesa y brasilera.



-el decoro, el mérito- de la obra en sí misma considerada. El tercero agrega a la afectación de la reputación del autor el menoscabo a sus legítimos intereses<sup>198</sup>.

Así pues, en Francia el derecho a la integridad protege el mérito de la obra y no solo el honor del autor. Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de París resolvió el caso del célebre pintor Bernard Buffet. El artista había pintado una nevera que contenía seis paneles y la había donado para ser subastada. Luego, el comprador dismanteló los paneles con la intención de venderlos por separado, por lo que el artista lo demandó. En su decisión, la Corte consideró que nada impedía que el adquirente explotara la obra, pero no podía separar los paneles, pues eso constituía una mutilación de la misma y, por tanto, era violatoria del derecho moral a la integridad<sup>199</sup>. De este modo, lo que se protegió fue el decoro de la obra y no la reputación del artista.

En Colombia también se protege la obra en sí misma considerada<sup>200</sup>. Al respecto, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la DNDA conoció el caso del pintor Gabriel Antonio Calle Arango, quien demandó al San Diego de Medellín por considerar vulnerado su derecho moral a la integridad de la obra. En el segundo semestre del 2013 el demandado había borrado el mural pintado por el artista sin su autorización. La Subdirección estimó las pretensiones del demandante argumentado que

Frente a la existencia de una afectación al decoro de la obra, considera esta entidad que borrar la expresión pictórica del muro que la incorporaba, sí constituye un atentado contra el decoró [sic] de esta, pues se ha eliminado la pureza, el recato y la estimación de la manifestación artística que realizó el autor, de una forma tal que será imposible volver a percibir la misma pese a que esta pueda ser representada a través de otros soportes como fotografías<sup>201</sup>.

En el caso, a pesar de no haberse probado la lesión a la reputación del autor, sí se encontró un daño a la estima de la obra en sí misma considerada. Por eso, se protegió el derecho moral. No obstante, en segunda instancia el Tribunal Superior del Circuito de Bogotá revocó la decisión, considerando que debía realizarse una ponderación entre el derecho de propiedad sobre el soporte físico de la obra y el derecho moral a la integridad en cabeza del autor. Para ello, acudió a los criterios pertinentes enlistados por el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial<sup>202</sup>, esto es, la temporalidad de la creación o el riesgo de deterioro del soporte y la seguridad pública.

---

<sup>198</sup> Real Decreto Legislativo 01 de 1996, artículo 14.

<sup>199</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París, 30 de mayo de 1962, D. 1962, J, 570. Parafraseada en: RENGIFO. Op Cit., pp. 135-136.

<sup>200</sup> Ello, en concordancia con la Decisión 351 de la CAN, que en su artículo 11 señala que el autor puede oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Legislaciones como la mexicana usan esta misma redacción.

<sup>201</sup> Dirección Nacional de Derecho de Autor (Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales). Sentencia 1-2015-34057, 19 de agosto de 2016.

<sup>202</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial, Proceso 47-IP-2017, 7 de julio de 2017.

En relación con la temporalidad de la obra, se señaló que el mural fue levantado en una de las fachadas del Centro Comercial San Diego, edificación que por su destinación -servir como punto de concentración de locales destinados al comercio- no podía entenderse que permanecería inmutable. En este sentido, la obra no estaba llamada a permanecer de forma indefinida. En cuanto a la seguridad pública, el Tribunal Superior sostuvo que el material probatorio allegado al proceso da cuenta de que los muros del Centro Comercial presentaban fallas que ponían en riesgo la propiedad y hasta podían afectar la seguridad pública<sup>203</sup>. A partir de este planteamiento, la jurisprudencia colombiana creó un precedente según el cual el derecho del autor está limitado por el derecho de propiedad.

Por su parte, de la Ley de Propiedad Intelectual española se ha entendido que la expresión “legítimos intereses del autor” se refiere al interés en mantener la peculiaridad creativa de su trabajo. En ese sentido, sus intereses legítimos solo se verían afectados cuando se atenta contra lo sustancial en la obra. Pese a la indeterminación del concepto, podría pensarse que lo sustancial hace alusión a los elementos que la caracterizan e individualizan respecto de otras obras del mismo género. Entonces, solo se vulneraría el derecho moral a la integridad cuando (i) la alteración hace que la obra transmita un mensaje diferente al que el autor buscaba<sup>204</sup>; o (ii) cuando la modificación atente contra el honor o reputación del autor.

Con relación a la primera hipótesis, la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español ha considerado que el mensaje se refiere a la concepción artística del autor. Por ejemplo, en la sentencia 4940/2008, Emi Odeón S.A., la demandada, estaba autorizada para grabar una versión de la canción “Maite”, en virtud de un contrato celebrado con la Sociedad General de Autores y Editores. Los demandantes, herederos del autor, argumentaban que la grabación era un “arreglo” que había transformado sustancialmente la canción original, vulnerando el derecho moral a la integridad de la obra. El Tribunal recordó que:

[...] no atenta contra los derechos morales del autor cualquier modificación de la obra, sino sólo aquellas que supongan perjuicios a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación, pues estos requisitos figuran expresamente exigidos en el precepto legal aplicable. La jurisprudencia es constante en exigir el cumplimiento de este requisito, por lo que no basta la mera modificación de la obra, sino que es menester que ésta altere la concepción artística que tuvo el autor (STS de 15 de diciembre de 1998, recurso 2055/1994) o que quede mermada la integridad de la obra (STS de 3 de junio de 1991).

Desde esta perspectiva, la Sala de instancia valora la trascendencia de la modificación efectuada en función de un informe pericial que aquilata detalladamente la importancia y la justificación de las

---

<sup>203</sup> Colombia. Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil). Sentencia 005 2015 34057 del 2 de noviembre de 2017.

<sup>204</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 129.

modificaciones introducidas en el arreglo y concluye que no suponen una modificación de la configuración artística de la obra<sup>205</sup>.

Entonces, según la jurisprudencia española, la exigencia de que no se modifique la “configuración artística de la obra” o “la concepción artística que tuvo el autor” son sinónimos del requisito de que no se cambie el mensaje o el sentido buscado por el autor de la obra originaria.

Para concluir, debe resaltarse la frontera borrosa que existe entre el derecho patrimonial de transformación y el derecho moral a la integridad. La violación de este último puede ocurrir cuando se deforma la obra sin el consentimiento del autor, o cuando se excede la autorización dada para transformar. Sin embargo, no todo exceso implicará *per se* una vulneración del derecho moral. En los casos en los que dicho exceso no atente contra el honor o la reputación del autor, lo que habrá será un incumplimiento contractual y la controversia se enmarcará exclusivamente en el ejercicio del derecho patrimonial.

### c) DERECHO AL INÉDITO

Así como el propietario de un bien material puede decidir no utilizarlo, el propietario de un bien inmaterial, en este caso la obra, tiene la posibilidad de mantener su creación en su esfera personal. Esta última facultad se conoce como derecho al inédito, derecho de divulgación, derecho de dar a conocer la obra, o derecho de publicación, dependiendo del ordenamiento jurídico de que se trate<sup>206</sup>.

Para que una obra se considere legítimamente divulgada se necesita el cumplimiento de dos condiciones: la comunicación a un público y el consentimiento del autor. En cuanto al primero, es importante mencionar que para conservar la obra inédita no es necesario mantenerla en absoluto secreto. Como la divulgación consiste en hacer la obra accesible al público, cualquier comunicación privada que de ella se realice a terceros, como familiares y amigos del autor, e incluso a posibles contratantes, no hace que la creación intelectual pierda su carácter de inédita.

Con relación al consentimiento, es claro que el autor es quien tiene la prerrogativa de decidir “conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria”<sup>207</sup>. De manera que, si la publicación se hace sin consentimiento del autor, esta sería ilegítima. Es decir, se estaría vulnerando el derecho moral al inédito.

---

<sup>205</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia N° 4940/2008, 17 de julio de 2008.

<sup>206</sup> En España se utiliza el verbo divulgar (“decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma” (artículo 14)), al igual que en Francia (“El autor es el único que tiene derecho a divulgar su obra” artículo (L121-2)). En Uruguay, se habla del derecho a publicar la obra “La facultad de publicar una obra inédita, la de reproducir una ya publicada o la de entregar la obra contratada, constituye un derecho moral no susceptible de enajenación forzada” (artículo 11). En Brasil, se conoce como el derecho al inédito (artículo 24).

<sup>207</sup> Colombia. Ley 23 de 1983, artículo 30.

Sobre este punto se pronunció la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la DNDA en un fallo del 2 de febrero de 2017. La Corporación consideró que el Colegio Montessori había afectado el derecho de divulgación del fotógrafo Marcus Ingo Rudolf Loerbroks, al haber puesto a disposición sin autorización sus fotografías en la página web del plantel educativo. No obstante, precisó que la obra seguía siendo inédita

[...] precisamente, porque si bien este es un derecho que se agota con la divulgación, este efecto solo se puede predicar cuando dicho acto se ha realizado al amparo de una decisión libre e inequívoca de su titular, mas no, cuando la misma se ha efectuado a instancias de un acto infractor<sup>208</sup>.

La consideración de que la obra permanece inédita cuando la divulgación se ha hecho sin consentimiento, aunque tuitiva de los derechos de autor, deja inquietudes. En efecto, resulta contradictorio declarar la responsabilidad del Colegio Montessori y al mismo tiempo asegurar que la obra nunca dejó de ser inédita. Si así fuera, faltaría uno de los elementos esenciales de la responsabilidad: el daño. No habiendo daño, no podría declararse la responsabilidad del demandado y mucho menos condenársele al pago de una indemnización. La argumentación que debería seguirse en estos casos debería ser que la publicación de una obra sin autorización de su autor implica una violación de su derecho a la divulgación, que se traduce en que la obra deja de ser inédita. En este sentido, la labor del fallador es retrotraer esa situación, de manera que la creación vuelva a considerarse no divulgada.

Vale aclarar que el derecho al inédito comprende tanto la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra, como la forma en que lo hará. En otras palabras, el autor ejerce su derecho de divulgación con relación a cada una de las formas en las que pueda explotarse la obra<sup>209</sup>. En consecuencia, el límite que existe entre el derecho moral de divulgación y el derecho patrimonial de comunicación pública se diluye, pues puede ocurrir que un autor autorice la comunicación de su obra por exhibición pública y el licenciatario, excediendo la autorización, también la transmita por televisión. Esa transmisión podría considerarse violatoria del derecho al inédito del autor.

Como ya se mencionó, tradicionalmente se ha entendido que las controversias relacionadas con derechos morales no son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje, a diferencia de lo que sucede con los derechos patrimoniales. En los eventos en los que confluyen el derecho moral y el patrimonial, no tendría sentido bifurcar la solución del litigio. Por el contrario, dado que existen razones para reconocer la arbitrabilidad de los derechos morales, lo más conveniente para respetar la voluntad de las partes es que toda la controversia sea resuelta a través de arbitraje.

---

<sup>208</sup> Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Autor (Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales). Sentencia 1-2015-63182, 2 de febrero de 2017.

<sup>209</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 160.

#### **d) RETRACTO Y MODIFICACIÓN**

Aun cuando el autor haya decidido divulgar su obra, este conserva los derechos de retirarla del comercio y de modificarla, incluso cuando el soporte de la creación intelectual ya esté en manos de un tercero. Esto puede comportar un perjuicio para el propietario del soporte material, por lo que el autor debe indemnizarlo en caso de querer ejercer sus derechos de retracto y modificación.

El derecho de retracto es reconocido por varias legislaciones<sup>210</sup> como la facultad que tiene el autor de retirar la obra del mercado “cuando ya no se ajuste a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños a los titulares de derechos de explotación”<sup>211</sup>. El reconocimiento de esta prerrogativa muestra un profundo respeto hacia las ideologías del creador y a la libertad de pensamiento, que implica la posibilidad de cambiar de opinión. A su vez, se consideran los derechos de los terceros afectados al exigirse su indemnización previa.

La regulación del derecho de retracto será más o menos “liberal” dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. Así, Brasil, El Salvador, Francia y Portugal no contemplan los motivos por los cuales el autor puede retirar su obra de circulación, de manera que es una facultad discrecional. Sin embargo, la mayoría de los países tiene una visión más restringida y alude a las razones determinantes del retracto. Es el caso de Alemania, donde se exige que la obra ya no refleje las convicciones del autor; Italia, Libia y Uruguay, donde deben concurrir graves razones de índole moral; o España, donde debe haber un cambio en las convicciones intelectuales o morales<sup>212</sup>.

Por otro lado, el derecho de modificación faculta al autor para intervenir la obra. Su existencia es “una consecuencia lógica del derecho de crear: antes de una nueva edición o una reimpresión [el autor] puede sentir la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar el estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar la obra”<sup>213</sup>. Esta prerrogativa es especialmente útil en el caso de obras de arte, pues el pasar de los años suele afectar la integridad de las obras y el autor puede encargarse de la restauración por derecho propio<sup>214</sup>.

Como quiera que el ejercicio de los derechos de retracto y modificación implica necesariamente la indemnización previa de los afectados, no es extraño que, pese a ser considerados derechos morales, sus consecuencias económicas permitan que las controversias relacionadas con ellos puedan ser resueltas vía arbitraje.

---

<sup>210</sup> Entre ellas, Colombia (art. 30), Francia (art. L121-4), Brasil (art. 24), El Salvador (art. 6), España (art. 14), Italia (art. 142) y Portugal (art. 62).

<sup>211</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 172.

<sup>212</sup> Ibid, p. 173.

<sup>213</sup> Ibid, p. 170.

<sup>214</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 85.

## 2. DERECHOS PATRIMONIALES

Los derechos patrimoniales son las facultades de orden económico que le permiten al autor obtener un beneficio material al poder disponer libremente de ellos. Por lo tanto, y en contraste con lo que sucede con los derechos morales, los derechos patrimoniales pueden ser renunciados y transferidos a un tercero a cualquier título<sup>215</sup>. Esto es, el autor puede cederlos, otorgar licencias, darlos en garantía, etcétera. Además, por ese mismo carácter económico, este tipo de derechos pueden ser objeto de medidas cautelares. Por tratarse de derechos de contenido netamente económico y de los que se puede disponer libremente, no hay discusión acerca de la arbitrabilidad de las cuestiones relacionadas con los derechos patrimoniales.

El autor -la persona física que crea la obra- es, por regla general<sup>216</sup>, el titular originario de los derechos patrimoniales por el solo hecho de la creación. Sin embargo, la titularidad de estos derechos no siempre la conserva el autor, pues a través de distintos actos jurídicos esta puede quedar en cabeza de terceros. Este supuesto se conoce como titularidad derivada, la cual puede operar en virtud de un contrato o de la ley<sup>217</sup>. En este último caso, la cesión de derechos se puede generar por un acto entre vivos –contrato de obra por encargo- o *mortis causa* –sucesión por causa de muerte.

Adicionalmente, el derecho de autor otorga al creador un monopolio de explotación de la obra, el cual es exclusivo, absoluto y oponible *erga omnes*<sup>218</sup>. En virtud del derecho exclusivo que este ostenta de autorizar el uso de su obra, “las condiciones de [tal] autorización [...] (reproducción, adaptación o transformación) son determinadas por el titular del derecho de autor”<sup>219</sup>. Es de resaltar que en el sistema de *copyright*, los derechos patrimoniales son solo aquellos expresamente tipificados en la ley. En contraste, en los países de *civil law*, el autor puede explotar la obra de cualquier forma, de modo que los derechos patrimoniales no son *numerus clausus*.

Otra característica de los derechos patrimoniales es que tienen una duración limitada en el tiempo. El lapso de protección dependerá de cada legislación, del tipo de obra y del titular del derecho. Sin

---

<sup>215</sup> RÍOS, Wilson. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información. Bogotá:Universidad de los Andes, 2009, p. 60.

<sup>216</sup> Es claro que solo las personas físicas cuentan con la capacidad intelectual para crear obras. Sin embargo, hay casos en donde la ley hace una ficción jurídica para entregarle la titularidad originaria de los derechos patrimoniales a personas diferentes de aquellas que crearon la obra -físicas o jurídicas-. En los sistemas de derecho continental esto ocurre por excepción en casos como el que contempla la legislación italiana para obras creadas y publicadas bajo nombre y por cuenta de personas públicas. En el *copyright* los supuestos son más, por ejemplo, las obras creadas por encargo o la producción de obras cinematográficas. LIPSZYC. Op. Cit., pp. 124-125.

<sup>217</sup> Sobre el particular, es importante anotar que “ello no está ligada [sic] a la transferencia del dominio del soporte material que incorpore la obra. De este modo, quien adquiere los derechos se hace titular derivado de los mismos incluso si el ejemplar de la obra pertenece a otra persona”. GUZMÁN. Op. Cit., p. 119.

<sup>218</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 157.

<sup>219</sup> Op. Cit., Tribunal de Arbitramento Fundación Cardiovascular de Colombia v. Informática Hospitalaria Integrada S.A. - Hospital I, p. 83.

embargo, la regla general es que, conforme al artículo 7 del Convenio de Berna, el límite mínimo de protección de las obras sea toda la vida del autor, más 50 años después de su muerte. A modo de ejemplo, se enuncian las reglas específicas de duración en algunos ordenamientos jurídicos.

En Francia, el artículo L123-1 del *Code de la Propriété Intellectuelle* señala que la protección se extiende hasta 60 años después de la muerte del autor. En Estados Unidos, el capítulo tres del *Copyright Act* se ocupa de la duración de la protección y dispone que, en general, se otorga por toda la vida del autor más 70 años después de su muerte. En la legislación inglesa, según los artículos 12 a 14 del *Copyright, Designs and Patents Act*, la protección expira pasados 50 años, contados a partir del final del año calendario en que el autor murió, o del final del año calendario en el que la obra fue creada o puesta a disposición del público, según el caso. En la ley de derecho de autor colombiana, el artículo 21 consagra que la protección durará por un término adicional de 80 años luego de la muerte del autor -siempre que el titular no sea una persona jurídica-.

Las múltiples formas de explotación de una obra, las cuales han venido incrementándose con el advenimiento de nuevas tecnologías de la cultura, del entretenimiento y de la información, se pueden sistematizar en cuatro grandes grupos: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

### a) REPRODUCCIÓN

El derecho de reproducción ha sido catalogado como el derecho de autor por excelencia<sup>220</sup>. Consiste en la facultad de explotar una obra, en su forma original o transformada, a través de su fijación “en cualquier medio y por cualquier procedimiento”<sup>221</sup> o “por cualquier procedimiento o cualquier forma”<sup>222</sup> que permita la generación de copias y su comunicación al público. Como ya se ha señalado, el bien tutelado por el derecho de autor no es el objeto material en el cual se encuentra fijada la creación, sino la obra contenida en él. En este sentido, aunque una persona tenga la titularidad sobre el soporte físico de una obra, no está facultado para reproducir ningún ejemplar de ella<sup>223</sup>.

El derecho de reproducción se enuncia con gran amplitud en todas las legislaciones. Al respecto, la Guía del Convenio de Berna sostiene que la expresión “por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma” es lo suficientemente amplia como para abarcar todos los procedimientos de reproducción: impresión, dibujo, grabado, litografía, fotocomposición y otras técnicas de

---

<sup>220</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 87.

<sup>221</sup> Comunidad Andina, Decisión 351, artículo 14.

<sup>222</sup> Convenio de Berna, artículo 9.1.

<sup>223</sup> Así lo establece, por ejemplo, la Ley colombiana de derechos de autor -Ley 23 de 1982- en su artículo 185: “Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes figurativos en general, no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el que seguirá siendo del autor o de sus causahabientes”. Esto refuerza la diferencia ya expuesta entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*.

impresión, mecanografía, fotocopia, xerocopia, grabación mecánica o magnética (discos, cassettes, cintas magnéticas, películas, etc.). Asimismo, la ley boliviana dispone que el derecho de reproducción es “la multiplicación y fijación material de la obra por cualquier procedimiento que permitió hacerla conocer al público como la impresión, fotografía, grabado, litografía, cinematografía, fonografía, cinta magnética con sonidos, imágenes o ambos o cualquier otro medio de reproducción”<sup>224</sup>.

Dentro de los derechos patrimoniales, el derecho de reproducción es considerado el más esencial. Ello, toda vez que a partir de la fijación de una obra en un medio físico, podrán ejercerse otras facultades de explotación de la obra, especialmente las que confiere el derecho de distribución. En este sentido, cuando la reproducción se refiere a la producción de ejemplares, no abarca su distribución.

## **b) DISTRIBUCIÓN**

El autor tiene el derecho a que su obra -original o copias- se ponga a disposición del público, a través de su venta, alquiler, donación, préstamo o de cualquier otra forma. Este derecho patrimonial, conocido como distribución, implica necesariamente la incorporación de la obra en un soporte material<sup>225</sup>, de ahí que este sea el modo de explotación usual para obras como libros, folletos, discos, fotografías y videos. *Contrario sensu*, todos aquellos modos de explotación que no permitan la materialización de la obra en un soporte tangible, no pueden ser considerados distribución en sentido técnico, como sucede con la exhibición pública de una estatua, la proyección en cine de una obra audiovisual, el acceso a una base de datos, entre otros<sup>226</sup>.

El derecho de distribución no tiene una regulación completa en el Convenio de Berna, puesto que solo se reconoce de manera expresa a los autores de obras literarias y artísticas cuando sus obras han sido adaptadas para el cine, y sería aplicable también al autor de una obra cinematográfica, en virtud del artículo 14*bis*<sup>227</sup>. Sin embargo, este derecho sí se contempla de manera amplia en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, la Decisión Andina define distribución como la “puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> Ley 1322 de 1992, artículo 16.

<sup>225</sup> “El aspecto fundamental del derecho de distribución es que la obra se incorpore a un soporte tangible, y en esto se diferencia del derecho de comunicación pública, en el que la obra también se hace accesible al público pero sin distribución de ejemplares”. ARAGÓN, Emilia. Contenido del Derecho de Autor, el autor, la obra, limitaciones y excepciones. *Tercer seminario regional sobre la Propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina*. 2004, p. 12

<sup>226</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 84.

<sup>227</sup> ARAGÓN. Op. Cit., p. 12.

<sup>228</sup> Comunidad Andina, Decisión 351, artículo 3.



Como puede observarse, el derecho de distribución se reconoce de manera amplia. De este modo, la existencia de un acto de distribución no se supedita a que este tenga un carácter oneroso, sino que los actos a título gratuito, tales como la donación y el préstamo, también pueden constituir distribución. En definitiva, el derecho de distribución está concebido de tal forma que su ejercicio se pueda realizar de cualquier forma, siempre que exista un soporte material. Esto facilita la difusión del conocimiento y de la cultura, pues la amplitud del derecho incentiva a los autores a querer dar a conocer su obra a través de este medio.

### **c) COMUNICACIÓN PÚBLICA**

La comunicación pública es la facultad exclusiva que tiene el autor de comunicar su obra a una pluralidad de personas sin que previamente se distribuyan ejemplares a cada una de ellas. Se trata de toda comunicación directa -en vivo- o indirecta -a través de fijaciones o de un agente de difusión como la distribución por cable o satélite<sup>229</sup>-. Algunos actos que constituyen una comunicación pública son:

#### **❖ Directos:**

- Las representaciones escénicas y ejecuciones públicas de obras dramáticas, literarias y musicales.
- La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.
- Las disertaciones, conferencias, alocuciones, clases o explicaciones pedagógicas.

#### **❖ Indirectos:**

- La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.
- La emisión de obras por radiodifusión.
- La retransmisión de la obra radiodifundida por entidad distinta de la de origen.
- La comunicación, en un lugar accesible al público, de la fijación de obras radiodifundidas o distribuidas por cable.

De acuerdo con la definición precedente, para que un acto sea considerado una comunicación pública deben cumplirse dos requisitos: (i) la obra debe mostrarse a una pluralidad de personas (un público) y, (ii) ello debe hacerse sin distribuirles ejemplares. La lista anterior es entonces solo ejemplificativa, pues siempre que se pueda tener acceso a la obra cumpliendo esas dos condiciones, se considerará que la comunicación es pública.

El debate se encuentra en qué se debe entender como “público”, pues en muchas legislaciones, la comunicación doméstica es una excepción al derecho patrimonial. En otras palabras, no se requiere autorización del autor ni pago de una remuneración para realizarla. Así, por ejemplo, en Estados

---

<sup>229</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 184.

Unidos la § 101 del *Copyright Act*<sup>230</sup> define que una obra se ejecuta o comunica públicamente cuando se hace “en un lugar abierto al público o en cualquier lugar donde se encuentre un número sustancial de personas que no pertenezcan al círculo familiar o sean personas conocidas” [Traducción propia]. En España, según el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, no se considera comunicación pública la que se realice en un “ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”. Algo similar ocurre en Francia, en donde el autor no puede prohibir, una vez ha sido divulgada la obra, las representaciones privadas y gratuitas realizadas exclusivamente dentro del círculo familiar<sup>231</sup>.

Teniendo en cuenta esta limitación del derecho respecto de las comunicaciones domésticas, un caso interesante es el que se presenta cuando se comunican obras musicales o audiovisuales en habitaciones de hotel. En Colombia, la sentencia C-282 de 1997 aclaró que, a pesar de que para efectos de alojamiento las habitaciones de establecimientos hoteleros se asimilen a domicilios privados, la comunicación que se hace de obras musicales y audiovisuales hacia estas, usando las redes del hotel, sí constituye un acto de comunicación pública. Por ende, se requiere autorización y remuneración al titular del derecho. Para ello, la Corte diferenció entre los eventos en los que la ejecución es pública y en los que simplemente se busca un “particular y privado esparcimiento”. En este sentido, afirmó que:

[...] no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, que si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.<sup>232</sup>

Es importante anotar que la Corte ha hecho hincapié en el ánimo de lucro que tienen los establecimientos hoteleros porque el artículo 44 de la Ley 23 de 1982 consagra que la utilización de las obras científicas, literarias y artísticas será libre si se hace en domicilio privado sin ánimo de lucro. Es decir, lo que es “público” puede definirse, no solo por la

---

<sup>230</sup> “*Copyright Act 17 U.S. Code §101* Ejecutar o mostrar una obra ‘públicamente’ significa:

(1) ejecutarla o mostrarla en un lugar abierto al público o en cualquier lugar en donde esté reunido un número sustancial de personas diferentes del círculo familiar y de sus conocidos; o (2) transmitir o comunicar de cualquier forma una actuación o muestra de la obra a un lugar como el especificado en la cláusula (1) o al público, a través de cualquier aparato o proceso, sin importar que el público capaz de recibir la actuación o muestra lo haga en un mismo o en diferente tiempo y en el mismo o distinto lugar” [Traducción propia].

<sup>231</sup> “*Code de la Propriété Intellectuelle L122-5*. Cuando la obra ha sido divulgada, el autor no puede prohibir:

1° Las representaciones privadas y gratuitas realizadas exclusivamente dentro del círculo familiar. [...]” [Traducción propia].

<sup>232</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 282 del 5 de junio de 1997.

cantidad de personas a las que vaya destinada la obra (como ocurre en la legislación estadounidense en donde el número de personas a las que se comunica debe ser “sustancial”), o las calidades que tengan los receptores respecto del autor -que sean su familia o sus amigos-, sino también por la relevancia económica que tenga la comunicación a ese grupo de personas.

Finalmente, no debe olvidarse que cada acto por el cual la obra llega a un “público nuevo”, diferente del que se había previsto en la autorización dada por el autor, constituye una nueva comunicación pública. Por tanto, requiere una nueva autorización y el pago de una remuneración diferenciada. Ello, pues la cantidad de público al que llegará la obra es un factor determinante al momento de contratar<sup>233</sup>.

#### **d) TRANSFORMACIÓN**

El derecho de transformación consiste en la facultad exclusiva que tiene el autor de explotar su obra, por sí mismo o autorizando a un tercero a crear obras derivadas de la suya, tales como traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, antologías, etcétera<sup>234</sup>. En otros términos, del ejercicio del derecho de transformación surge una obra derivada. Esta corresponde “a una ‘reelaboración’ de carácter creativo de la obra primigenia”<sup>235</sup>.

Las obras derivadas también son protegidas por el derecho de autor, siempre y cuando sean originales. Es decir que, aunque dependan de la obra originaria en el sentido en que mantienen algunas de sus características<sup>236</sup>, deben evidenciar la capacidad intelectual de su autor. De lo contrario, estas no serán más que una reproducción. Su originalidad puede hallarse en la composición -como es el caso de las compilaciones-, en la expresión -como ocurre en las traducciones- o en ambos elementos -como en las adaptaciones<sup>237</sup>-.

Entonces, el autor de la obra derivada también será titular de derechos de autor sobre su propia obra, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria. Lo anterior significa que el autor de la obra derivada será titular de derechos sobre los cambios originales que hizo a la obra originaria, pero nunca sobre los elementos de la obra originaria que incorporó en la suya. Estos permanecen en cabeza del autor inicial<sup>238</sup>.

Así las cosas, como la obra derivada resulta del ejercicio del derecho patrimonial de transformación, cuando la obra es de dominio privado es necesario contar con la autorización del

---

<sup>233</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 184.

<sup>234</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 172.

<sup>235</sup> Op. Cit., Tribunal de Arbitramento AS Colombia Ltda. v. Informática y Gestión S.A., p. 23.

<sup>236</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 72.

<sup>237</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 112.

<sup>238</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 93.

autor. En la medida en que una obra derivada puede ser producto de la transformación de otra obra derivada, el ejercicio de ese derecho de transformación supone una cadena de autorizaciones, pues para poder transformar esa obra derivada se requiere tanto la autorización de su autor, como la del autor de la obra originaria<sup>239240</sup>.

En cambio, cuando la obra es de dominio público, bien sea porque se ha agotado el tiempo de protección o porque el titular ha renunciado a sus derechos patrimoniales, no se requiere autorización alguna. Tampoco es necesaria la autorización si el autor de la obra derivada se ampara en alguna de las excepciones y limitaciones del derecho de autor. En esta última hipótesis, dado que las excepciones no operan igual en todas las legislaciones, es necesario asegurarse de que la escogida permita hacer transformaciones a las obras en el país donde se pretenda hacerlo<sup>241</sup>. Por ejemplo, en la legislación colombiana se permiten excepciones al derecho patrimonial de transformación solo para el caso del derecho de cita, mientras que en legislaciones como la francesa<sup>242</sup>, la española<sup>243</sup> o la peruana<sup>244</sup>, se permiten además para efectos de parodia. El *Copyright Act* de Estados Unidos, por su parte, permite la transformación siempre que se encuentre amparada por el *fair use*.

Adicionalmente, es importante resaltar que el derecho de transformación se reconoce de manera generalizada, pero su alcance varía dependiendo de las distintas legislaciones. El Convenio de

---

<sup>239</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 73.

<sup>240</sup> Al respecto, véase el caso del oso Paddington: *Eden Toys, Inc. v. Florelee Undergarment Co.*, 697 F.2d 27, 36 (2d Cir.1982). *Paddington and Company, Limited*, una empresa británica, es la dueña del *copyright* sobre los libros para niños y el personaje del oso Paddington. En 1975 la compañía celebró un contrato de licencia con *Eden*, una empresa estadounidense, para permitirle producir, vender y sublicenciar algunos productos del oso Paddington en Estados Unidos. El acuerdo se enmendó en 1980 para aumentar el número de productos amparados por la licencia. El ilustrador del oso, Ivor Wood, hizo algunos bosquejos para *Eden* y sus sublicenciatarios entre 1975 y 1977. Luego, *Eden* registró el *copyright* sobre los dibujos como obras derivadas. Basándose en los bosquejos, *C.R. Gibson Company*, sublicenciatario de *Eden*, diseñó y produjo un papel de regalo con dibujos del oso Paddington. *Eden* también registró el *copyright* sobre el diseño del papel de regalo como obra derivada. En 1979, *Eden* se percató de que *Florelee* estaba vendiendo pijamas con imágenes del oso que eran idénticas a las del diseño del papel de regalo, por lo que la demandó por la infracción de su *copyright* sobre las obras derivadas y la violación de su derecho como licenciatario exclusivo. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito sostuvo que un licenciatario puede demandar por la infracción de su derecho en particular sin necesidad de que su licenciante se haga parte en el proceso, pero como para 1979 la licencia de *Eden* cubría la producción de ropa para adulto (el derecho infringido por *Florelee* al producir las pijamas), debía llamarse a *Paddington and Company, Limited* como litisconsorte.

<sup>241</sup> GUZMÁN. Op. Cit., pp. 91-92.

<sup>242</sup> “*Code de la Propriété Intellectuelle* Artículo L122-5. Una vez la obra ha sido divulgada, el autor no puede prohibir:

4° La parodia, el pastiche y la caricatura [...]” [Traducción propia].

<sup>243</sup> “**Real Decreto Legislativo 1/1996 Ley de Propiedad Intelectual Artículo 39. Parodia.** No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.”

<sup>244</sup> “**Decreto Legislativo 822 — Ley sobre el Derecho de autor Artículo 49.** No será considerada transformación que exija autorización del autor la parodia de una obra divulgada mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor y sin perjuicio de la remuneración que le corresponda por esa utilización.”

Berna lo define en los artículos 8 y 12 como la facultad exclusiva que tienen los autores de obras literarias o artísticas de autorizar las traducciones, adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras. De igual forma lo hace el artículo 13 literal e) de la Decisión 351 de la CAN. No ocurre lo mismo en la Unión Europea, pues la Directiva Europea 2001/29/EC no incluye el derecho de transformación, lo que implica que no se encuentra armonizado.

Un caso interesante es el que ocurre en el Reino Unido con el *Copyright, Designs and Patents Act*. La ley reconoce el “derecho de adaptación” únicamente para obras literarias, musicales y dramáticas<sup>245</sup>. En consecuencia, como en el sistema de *copyright* los derechos patrimoniales son *numerus clausus*<sup>246</sup>, bajo esa legislación no sería necesaria la autorización del autor de una obra artística o audiovisual para que un tercero pudiera adaptarla -o transformarla-, pues no ostenta ese derecho exclusivo. Sin embargo, el autor de una obra artística sí podría oponerse su transformación con base en el Convenio de Berna, teniendo en cuenta que el Reino Unido es un Estado miembro. En otras palabras, el tercero que quiera transformar una obra de este tipo en Reino Unido, sí requerirá autorización previa conforme al Convenio de Berna.

Por último, el derecho patrimonial de transformación está íntimamente relacionado con el derecho moral a la integridad de la obra. Este constituye el límite de aquel<sup>247</sup>. Ninguna transformación de la obra -tenga o no autorización- puede atentar contra el derecho moral del autor. En estos casos, la línea entre el derecho patrimonial y el derecho moral se vuelve borrosa, lo que repercute en los medios que pueden usarse para resolver eventuales conflictos.

Como se ha venido insistiendo, la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con derechos morales es cuestionada. En principio, ello podría dar a entender que en los eventos en los que convergen el derecho moral y el patrimonial, lo relacionado con el primero debería resolverse a través del juez ordinario, mientras que lo atinente al segundo vía arbitraje. Sin embargo, esta solución es apenas aparente, pues atenta contra la economía procesal y podría conllevar decisiones contradictorias. Así, teniendo en cuenta que existen argumentos para reconocer la arbitrabilidad de los derechos morales, a efectos de hacer valer la voluntad de las partes lo ideal es que toda la controversia sea resuelta a través de arbitraje.

### 3. DERECHO DE SEGUIMIENTO

El *droit de suite* es un derecho *sui generis* que pretende retribuir a los autores de obras de arte o a sus herederos con un porcentaje de la ganancia que recibe quien la explota, cuando la obra se ha

---

<sup>245</sup> “*Copyright, Designs and Patents Act 21*. (1) La realización de adaptación es un acto restringido por el *copyright* en obras literarias; dramáticas o musicales [...]” [Traducción propia].

<sup>246</sup> GOOLD, Patrick. Why the U.K. Adaptation Right Is Superior to the U.S. Derivative Work Right. *Nebraska Law Review*, 2014, Vol. 92, Issue 4, p. 847. Disponible en: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=nlr>

<sup>247</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 94.

vendido en subasta pública o por medio de un negociante profesional en obras de arte<sup>248249</sup>. Este derecho tiene una doble caracterización. De un lado, es un derecho inalienable, tal como los derechos morales. Del otro, su contenido es exclusivamente patrimonial, toda vez que permite a los artistas o sus causahabientes obtener un porcentaje del precio de reventa de las obras.

En principio, esta naturaleza mixta plantea problemas para clasificar el derecho dentro de alguna de las categorías patrimoniales o morales del derecho de autor. Sin embargo, la doctrina ha considerado que, dada su finalidad netamente patrimonial, se trata de un derecho más de explotación económica. Incluso, la Decisión 351 contempla este derecho dentro del Capítulo V de Derechos Patrimoniales<sup>250</sup>.

La justificación del derecho de seguimiento está en el hecho de que comúnmente los autores adquieren fama con el pasar de los años o de manera póstuma. Muchas veces, las primeras ventas que un autor realiza de su obra de arte se hacen por un precio muy inferior al que podría alcanzar en el futuro, porque el valor de una obra de arte tiende a aumentar con el tiempo. “La sociedad no suele reconocer la importancia de sus creadores sino después de muchos años, cuando algunos están en edad avanzada y otros en situación de miseria”<sup>251</sup>.

Por lo anterior, buscando la aplicación de un principio de justicia, la legislación francesa incluyó desde 1920 el *droit de suite* o derecho de seguimiento, que posteriormente fue reconocido también por el Convenio de Berna en la revisión de 1928<sup>252</sup>. Para que el derecho de seguimiento sea reconocido, no basta con que el Estado sea miembro del Convenio de Berna. El numeral 2º del artículo 14<sup>ter</sup> señala que la protección solo será exigible cuando sea admitida en la legislación nacional del autor y “en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada”. Es decir, la decisión de la aplicación o no del derecho, depende únicamente de las legislaciones internas de cada país. Actualmente, “existe en más de setenta países, y en las leyes de California y Puerto Rico”<sup>253</sup> [Traducción propia].

Si bien parece haber consenso en que el derecho de seguimiento es patrimonial, su carácter inalienable podría, a simple vista, generar problemas para aceptar su arbitrabilidad. Ello se debe a

---

<sup>248</sup> “[E]l *droit de suite* ha sido aplicado principalmente a las ventas realizadas por profesionales del mercado del arte, como casas de subastas, galerías y *arte dealers*. No obstante, países como Argelia, Brasil y Uruguay, lo aplican para cualquier venta que se haga de una obra de arte” GUZMÁN. Op. Cit., p. 110.

<sup>249</sup> Comunidad Andina, Decisión 351, artículo 16.

<sup>250</sup> GUZMÁN. Op. Cit., p. 109.

<sup>251</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 175.

<sup>252</sup> “**Artículo 14<sup>ter</sup>:** 1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor (...)”

<sup>253</sup> HUGHES, Justin y MERGES, Robert. Copyright and Distributive Justice. *Notre Dame Law Review*. Los Ángeles: Loyola Law School, 2016. Vol. 92, N° 2, p. 570.

que, como ya se expuso anteriormente, algunas legislaciones señalan que las materias arbitrables son aquellas susceptibles de transigirse. De ahí que para efectos de este trabajo se haya preferido tratar este derecho aparte de los demás derechos patrimoniales. Cabe aclarar que, tal como se demuestra en el último capítulo, la inalienabilidad de un derecho no es obstáculo para reconocer su arbitrabilidad.

Agotado el tema del contenido del derecho de autor, en el siguiente acápite se aborda lo relativo a la naturaleza jurídica del derecho de autor. Las precisiones que se hacen sobre este aspecto tienen consecuencias importantes sobre la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con los derechos morales. Por eso, para alcanzar los objetivos de esta tesis, su estudio se vuelve vital.

### **C. NATURALEZA JURÍDICA**

Las discusiones acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor se remontan a finales del siglo XVIII. Desde entonces, mucho se ha deliberado al respecto. Fruto de ese debate, se han propuesto varias teorías que buscan responder este cuestionamiento, las cuales oscilan entre dos corrientes: monismo y dualismo. En este acápite se demuestra que la tesis más acertada es aquella monista que caracteriza al derecho de autor como un derecho de propiedad especial sobre un bien intangible. Ello, en oposición a la teoría monista que describe esta disciplina jurídica como un derecho de la personalidad y a las tesis dualistas que se limitan a hacer una descripción del derecho de autor.

A la luz de las tesis dualistas, la naturaleza del derecho de autor tiene un carácter tanto moral como patrimonial. Según ellas, el derecho de autor comprende dos categorías de derechos que “tienen distintos destinos jurídicos, son independientes entre sí y pueden ser objeto de regulaciones legales diferentes”<sup>254</sup>. Por ejemplo, la teoría del derecho personal-patrimonial insiste en una naturaleza mixta, debido a que la obra es un bien económicamente explotable y un producto de la personalidad de su creador. Por esa razón, “no puede adscribirse exclusivamente a una de ambas categorías de derechos”<sup>255</sup>.

Sobre este punto, se critica que las tesis dualistas, antes que desentrañar la naturaleza jurídica del derecho de autor, lo que hacen es explicar su contenido<sup>256</sup>. Se limitan a afirmar que existen derechos morales y patrimoniales con regulaciones legales diferentes. Sin embargo, el hecho de que tengan un régimen distinto, no necesariamente quiere decir que se haya acogido una posición dualista. Ello sucede en España, donde la Ley de Propiedad Intelectual consagra distintas regulaciones para ambos y, no obstante, la jurisprudencia se ha inclinado por una posición monista, como se explica más adelante.

---

<sup>254</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 154.

<sup>255</sup> Ibid, p. 26.

<sup>256</sup> RENGIFO. Op. Cit. p. 74.

Oponiéndose a las teorías dualistas, quienes acogen una posición monista insisten en que el derecho de autor debe entenderse como uno solo, aunque este comprenda facultades morales y patrimoniales. En este sentido, insisten en el predominio de solo una de las dos facultades como aquella que mejor lo caracteriza<sup>257</sup>. Por un lado, quienes perciben la naturaleza del derecho de autor como un derecho de la personalidad, afirman que todas las facultades atribuidas al autor emanan de la protección de su personalidad reflejada en la obra. Esta teoría surge de la creencia de doctrinantes como Otto Von Gierke<sup>258</sup>, según el cual la obra no es más que una extensión de la personalidad de su autor. La faceta patrimonial del derecho es solamente la recompensa que se le da al autor por su trabajo para garantizar el respeto a su actividad personal. Además, el autor puede usar su obra sin recibir una compensación económica<sup>259</sup>.

Esta vertiente de la teoría monista ha sido rechazada en países como España. Desde 1985 se desestimó la idea de que el derecho de autor, incluso en su faceta moral, fuera un derecho de la personalidad del creador. En efecto, en la sentencia 1688/1985, el Tribunal Supremo Español afirmó que

[...] cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y, conlleva la necesidad de la exteriorización [...]<sup>260</sup>.

Tal como lo sostiene el Tribunal Supremo, el derecho de autor no podría ser considerado un derecho de la personalidad por varias razones. En primer lugar, porque ni siquiera los derechos morales -que son los que tienen una relación estrecha con el autor- se adecúan a la definición de derecho de la personalidad, que según autores como Juan Bonilla tiene un componente subjetivo y otro objetivo.

En definitiva, el derecho de la personalidad consiste, subjetivamente, en la atribución o pretensión que a todos nos corresponde de valer, de ser tenidos y respetados como personas, como seres libres que tienen fines altísimos que cumplir. Objetivamente, es el conjunto de condiciones necesarias para que se mantenga vivo ese carácter en el ser humano, su condición superior y excelsa del ser racional [...]<sup>261</sup>

Es claro entonces que el derecho de autor no es innato al ser humano, sino que se adquiere una vez se crea una obra. Es decir, por el hecho de ser persona, no se es titular de derechos de autor.

---

<sup>257</sup> BERCOVITZ. Op. Cit., p. 26.

<sup>258</sup> Citado por RENGIFO Op. Cit., pp. 67-68 y LIPSZYC Op. Cit. p. 25.

<sup>259</sup> RENGIFO. Op. Cit., pp. 67-68.

<sup>260</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 1688/1985, 9 de diciembre de 1985.

<sup>261</sup> BONILLA, Juan. *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010, p. 30.



Además, el derecho de autor no es necesario para que se mantenga la condición humana superior y racional. No cabe duda de que el hecho de no ser autor de una obra, no le quita a la persona su carácter de ser pensante capaz de lograr su cabal desarrollo.

En segundo lugar, los derechos de la personalidad siempre se extinguen con la muerte de la persona. “Su extinción viene dada porque con la muerte se extingue la personalidad [...] bien en correspondencia con el propio orden natural de la vida, y con la doctrina que ha sido concluyente en este sentido”<sup>262</sup>. En cambio, las facultades que otorga el derecho de autor se extienden incluso después de la muerte del creador. Así, la Decisión 351 en sus artículos 11<sup>263</sup> y 13<sup>264</sup> prevé que el ejercicio *post mortem auctoris* de los derechos morales y patrimoniales corresponde a los herederos.

En relación con lo anterior, los derechos de la personalidad se destinan a la protección de la persona en sí misma considerada. Por su parte, el derecho de autor no protege al autor como tal, sino las relaciones del creador con su obra y de esta con la sociedad. Según Rengifo,

[e]n virtud de la primera, el derecho de autor otorga al creador un cúmulo de facultades tanto patrimoniales como morales que, de una parte, le permiten explotar en forma exclusiva su producción intelectual y, de otra, persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador. Pero, asimismo, el derecho de autor disciplina la posición de la obra dentro de la sociedad a través de preceptos que buscan fundamentalmente fijar una relación de equilibrio entre los derechos de explotación de la obra y el interés de la sociedad de disfrutar de la cultura, del arte y de compartir el avance científico y sus beneficios<sup>265</sup>.

Adicionalmente, los derechos de la personalidad no son susceptibles de ser enajenados ni renunciados, mientras que los derechos patrimoniales de autor sí pueden ser negociados y, de hecho, eso es lo que normalmente ocurre en el tráfico jurídico. En cuanto a los derechos morales, si bien no pueden ser enajenados, sí pueden ser renunciados en algunos ordenamientos jurídicos, tema que se abordó en el acápite referido a los derechos morales.

Ahora, demostrar que el derecho de autor no es un derecho de la personalidad, tal como se ha hecho, reporta una importancia mayúscula para admitir la arbitrabilidad de los derechos morales. Como se mencionó en el primer capítulo, a menudo la indisponibilidad de los derechos y la afectación al orden público han constituido criterios para determinar cuáles controversias son

---

<sup>262</sup> COBAS, María. Protección post mortem de los derechos de la personalidad: reflexionando sobre la cuestión. *Revista Boliviana de Derecho*. 2013, N° 15, p. 115.

<sup>263</sup> “**Artículo 11.** [...] A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.”

<sup>264</sup> “**Artículo 13.** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir [...]”

<sup>265</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 49.

arbitrables. En esa medida, si bien los derechos morales y los derechos de la personalidad comparten la característica de ser inalienables<sup>266</sup>, no tienen la misma relación con el orden público. Estos últimos son consustanciales a la naturaleza humana y normalmente se consideran derechos fundamentales. De ahí que sean una materia de mayor sensibilidad para los Estados, por lo que tratándose de derechos de la personalidad se dificulta aún más aceptar su arbitrabilidad.

Mientras tanto, la tesis monista en su vertiente patrimonial hace énfasis en el carácter económico del derecho de autor. Esta es la teoría que ha dominado en España, en donde se ha considerado que el derecho de autor es fundamentalmente patrimonial, sin perjuicio de las particularidades de los derechos morales<sup>267</sup>. Una de las teorías que recoge el planteamiento monista patrimonial es la que asimila el derecho de autor a un derecho de propiedad, precisamente porque el uso del término “propiedad” denota una relación jurídica esencialmente patrimonial<sup>268</sup>. Esta postura se apoya en el origen histórico del derecho de autor, que surgió para garantizar los intereses patrimoniales de los autores<sup>269</sup>.

Sin embargo, esta teoría fue rechazada por la doctrina por considerar que existen grandes diferencias entre la propiedad tradicional regulada en los Códigos Civiles y la propiedad intelectual, fundamentalmente en lo relacionado con su objeto, contenido, modo de adquisición y duración. En primer lugar, se cuestionó que el objeto del derecho de autor recaiga sobre una creación intelectual y no sobre un bien corporal. Respecto del contenido, se criticó que el derecho de propiedad es exclusivamente patrimonial, mientras que el derecho de autor tiene un componente moral. En cuanto al modo de adquirir el derecho, la creación - modo originario por el cual se obtienen los derechos de autor- no estaba prevista en las legislaciones civiles como una forma de adquirir el dominio. Finalmente, la duración del derecho de autor está prevista en la ley y suele ser la vida del autor y un término posterior a su muerte, en tanto que la duración de la propiedad tradicional en principio es perpetua<sup>270</sup>.

Para refutar el rechazo de esta teoría, es importante mencionar que con el paso del tiempo el concepto de propiedad ha evolucionado, pues se ha entendido que no solo abarca el derecho de dominio sobre bienes tangibles, sino también sobre los intangibles, como los derechos que surgen del derecho de autor. En este sentido, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la DNDA indicó que

el derecho de autor es una forma de protección jurídica a la creación intelectual de carácter literario o artístico, en forma de una naturaleza especial de propiedad, que a diferencia de la propiedad

---

<sup>266</sup> O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo I (parte general)*. Madrid: Edersa, 2004, Lección 13ª. ISBN: 8497725409.

<sup>267</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 5497/1993, 19 de julio de 1993.

<sup>268</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 64.

<sup>269</sup> LIPSZYC. Op. Cit., p. 22.

<sup>270</sup> Ibid, pp. 20-21 y RENGIFO. Op. Cit., pp. 63-65.

privada de carácter común no recae sobre cosas corporales, sino sobre la creación inmaterial manifestada a través de obras literarias y artísticas; que a su vez otorga una serie de derechos en búsqueda de recompensar el esfuerzo y la creatividad de las personas que hicieron posible la existencia de una obra<sup>271</sup>.

Además de lo anterior, el derecho de autor conserva los elementos definitorios y atributos de la propiedad tradicional, lo que ha permitido que en ordenamientos jurídicos como el colombiano se le considere como un derecho de propiedad *sui generis*<sup>272</sup>. Así lo ha considerado desde hace más de 50 años la Corte Suprema de Justicia:

Sin duda, entre las distintas tesis que se han expuesto sobre la naturaleza del derecho de autor, la más aceptada hoy es la de que se trata de una propiedad *sui generis*. [...]

**La propiedad *sui generis* tiene sus modalidades, pero queda en ella la sustancia de la propiedad; sus tres elementos usus, fructus y abusus, y sus atributos: persecución y preferencia.** Un derecho que cuenta con estos atributos es real, y con aquellos elementos, es de propiedad, pero especial, por sus modalidades. Ello más acentuadamente en legislaciones como la de Colombia, según la cual, los derechos, de orden económico son personales o reales, sin casilla separada para elementos patrimoniales de naturaleza distinta o especial. [...]

Vale la pena anotar las diferencias entre esta propiedad *sui generis* y la del derecho común:

1º En cuanto a su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo moral y algo patrimonial: lo primero, llamado derecho moral, es inalienable, irrenunciable, imprescriptible; lo segundo, al contrario, como ocurre con todo derecho patrimonial. El artículo 49 de la Ley 86 de 1946 consagra el derecho moral al reservar para el autor que ha enajenado o transmitido su derecho de propiedad intelectual, la facultad de exigir la fidelidad del texto y del título en las ediciones y reproducciones; de pedir la mención de su nombre o seudónimo, y de oponerse a toda reproducción o exhibición pública de la obra, alterada, mutilada o modificada. En tanto que en la propiedad común nada de eso ocurre: el adquirente no queda sometido a ninguna potestad del dueño anterior.

---

<sup>271</sup> Sentencia 1-2015-63182. Op. Cit.

<sup>272</sup> “Existen bienes incorpóreos o inmateriales que pueden ser objeto de apropiación, y son diferentes de los bienes tangibles que se encuentran en el mundo material. En un titular puede recaer la propiedad de los bienes intelectuales o inmateriales incorporados en un soporte material y en otro titular la propiedad del soporte, como usualmente sucede.

No obstante, la inmaterialidad de los bienes no significa que sobre ellos no puede ejercerse una plena propiedad. Es más, la propiedad incorporal goza de las características fundamentales del derecho de plena propiedad, pues le confiere a su titular prerrogativas y ventajas, tiene carácter de exclusividad y puede oponerse frente a las pretensiones de terceros. Por ello el derecho de autor constituye una forma moderna de la apropiación de los bienes, que ha sido aceptada y desarrollada en las diversas legislaciones de los países.

En Colombia, el derecho positivo le da el carácter de propiedad especial al derecho de autor, cuya protección se encuentra consagrada en el artículo 61 de la Constitución Política y se desarrolla a través de diferentes ordenamientos legales”. VEGA, Alfredo. Manual de derecho de autor. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010, p. 13.

2° La propiedad intelectual recae sobre una cosa incorporea; la obra, la creación. La propiedad común, en estricto sentido, sólo sobre las cosas corporales (artículo 679 del Código Civil).

3° La propiedad intelectual es temporal: dura la vida del autor y ochenta años más (artículo 35 de la Constitución de 1886 y 90 de la Ley 86 de 1946); la común es perpetua. La temporalidad es reflejo de la preeminencia de aquélla en el campo de los valores y esfuerzos humanos.

4° En la propiedad intelectual, el rendimiento para el titular depende del éxito público de la obra; en la común no juega tal factor.

**Por estas peculiaridades no desaparece la noción de propiedad, a base de los elementos y atributos de ésta; se obtiene, simplemente, una propiedad especial<sup>273</sup> [Destacado propio].**

Así las cosas, las razones que da la doctrina para rechazar esta teoría no son suficientes para sostener que el derecho de autor no sea un tipo de propiedad. Al contrario, reafirman que se trata simplemente de un derecho de propiedad especial. Su especialidad radica en (i) el objeto sobre el cual recae: un bien inmaterial; (ii) el modo de adquirirla: la creación<sup>274</sup>; (iii) las facultades morales que otorga; y, (iv) el carácter limitado en el tiempo de los derechos patrimoniales y en algunos ordenamientos jurídicos, de los derechos morales. Esas particularidades no le quitan al derecho de autor la nota definitoria del derecho de propiedad, pues en últimas se trata de un poder de dominio que el autor ejerce sobre su obra y le otorga un monopolio de explotación exclusivo y excluyente.

En conclusión, la verdadera naturaleza jurídica del derecho de autor es la propuesta por la teoría monista en su vertiente patrimonial, que sostiene que esta disciplina jurídica es un derecho de propiedad. Ello, teniendo en cuenta que se trata de un concepto de propiedad distinto del tradicional. En este sentido, no podría considerarse como un derecho de la personalidad, atendiendo a que, como se ha demostrado, el derecho de autor no es consustancial a la persona, no la protege a ella en sí misma considerada, no se extingue al momento de su muerte y, en términos generales, puede ser objeto de transacciones jurídicas. El entendimiento de los derechos morales de autor como derechos de la personalidad, a menudo ha hecho que se rechace la idea de que las controversias relacionadas con este tipo de derechos son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje<sup>275</sup>. Por eso, desvirtuar esta naturaleza constituye un argumento importante para defender su arbitrabilidad.

## D. CONSIDERACIONES

---

<sup>273</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala Plena). Sentencia de 10 de febrero de 1960.

<sup>274</sup> MONROY, Juan. El modo de adquisición originario de los derechos de propiedad intelectual. *La propiedad inmaterial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, N° 6, p. 105.

<sup>275</sup> MONTESINOS, Ana. El Arbitraje en Materia de Propiedad Intelectual. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2013, N° 1, p. 13.

Lo que se ha hecho en este capítulo es desarrollar los aspectos generales del derecho de autor que tendrán incidencia en lo que se pretende demostrar en este trabajo. En efecto, para referirse a la arbitrabilidad de los derechos morales de autor, antes es necesario tener claro sobre qué tipo de bienes recaen las controversias y, en esa medida, es importante precisar cuál es el objeto de protección. Como se expuso, el derecho de autor protege las creaciones intelectuales y originales que son exteriorizadas de cualquier forma: las obras. Es sobre ellas que el autor o el titular de los derechos patrimoniales podrá pedir tutela jurídica.

Por otro lado, se explicaron las características de los diferentes derechos patrimoniales y morales. Los primeros se estudian para poner de presente los casos en los que las zonas fronterizas entre estos y los derechos morales se vuelven borrosas. De los segundos -que se abordan con mayor profundidad por ser el centro de este trabajo- se resalta su carácter inalienable, pues la imposibilidad de disponer libremente de ellos ha sido óbice para reconocer su arbitrabilidad. Con todo, como se explicará en el capítulo final de esta tesis, todos los litigios relacionados con derechos morales de autor pueden ser arbitrables.

Finalmente, se mencionaron las principales posturas que han surgido con relación a la naturaleza jurídica del derecho de autor. Todo esto para concluir que, lejos de ser un derecho de la personalidad, se trata de un derecho de propiedad especial sobre bienes intangibles. En consecuencia, no es acertado utilizar ese argumento para afirmar que las controversias relacionadas con las facultades morales no son arbitrables.

## **CAPÍTULO III**

### **ARBITRABILIDAD DE LOS DERECHOS MORALES DE AUTOR**

El arbitraje comercial internacional es el mecanismo más común para la solución de conflictos comerciales internacionales, dadas sus ventajas sobre la justicia ordinaria. Sin embargo, a las partes involucradas en controversias sobre derechos morales de autor se les ha privado de este beneficio. El rechazo generalizado que ha tenido el arbitraje de estos derechos ha estado fundamentado en un entendimiento erróneo tanto de su naturaleza jurídica, como de las leyes que se aplican para decidir sobre la arbitrabilidad. En los capítulos precedentes se han sentado las bases que ahora permiten hacer un estudio detallado sobre la arbitrabilidad de los derechos morales, que desvirtúa la imposibilidad de someterlos a arbitraje.

El análisis que se realiza en este capítulo está dividido en tres partes. Primero, se exponen las ventajas del arbitraje internacional en relación con los derechos morales de autor. Así, se justifica la importancia de que estas controversias puedan resolverse mediante arbitraje. Segundo, se explica cuál es la ley aplicable en cada momento procesal, concluyendo que debe usarse un único estándar para determinar la arbitrabilidad durante el proceso. Como quiera que por disposición de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo ese estándar no puede aplicarse en sede de reconocimiento y ejecución ni de anulación, el tercer paso del estudio consiste en examinar los criterios de arbitrabilidad de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Todo esto para concluir que (i) aplicando el estándar único, cualquier juez o árbitro que durante el proceso evalúe la arbitrabilidad de un litigio relativo a derechos morales debe fallar a favor del arbitraje; (ii) los laudos que decidan sobre derechos morales pasarían el examen judicial posterior; y (iii) incluso si se siguen utilizando las legislaciones nacionales para determinar la arbitrabilidad a lo largo del proceso, las pretensiones sobre derechos morales son arbitrables bajo cualquiera de los criterios.

#### **A. VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS MORALES DE AUTOR**

En el primer capítulo del presente trabajo se expusieron las características del arbitraje comercial internacional. Como se verá, estas características aplicadas a las diferencias relacionadas con derechos morales de autor se convierten en beneficios para las partes. Ello evidencia la idoneidad del arbitraje para la resolución de tales conflictos y la importancia de demostrar la arbitrabilidad de este tipo de controversias.

En primer lugar, los derechos morales de autor son un campo muy específico en el derecho, que, además, requiere de experticia técnica. Por ejemplo, en casos de obras de arte o de programas de

ordenador es deseable que quien conozca del conflicto cuente con conocimientos especializados en la materia que le permitan resolverlo de la manera más adecuada. Las cortes nacionales normalmente no satisfacen esta necesidad porque los jueces no suelen tener estos conocimientos. Es por eso que la posibilidad de escoger árbitros que cumplan con estas particularidades se convierte en una clara ventaja del arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, la celeridad que muchas veces distingue al arbitraje también es una ventaja en materia de conflictos de derechos morales de autor, máxime tratándose de las violaciones del derecho a la integridad de la obra o del derecho al inédito. En los primeros casos, el demandante estará especialmente interesado en que los perjuicios causados a su honor y reputación cesen a la mayor brevedad posible. En los segundos, como la divulgación de la obra se hace sin el consentimiento del autor, es de vital importancia que el lapso durante el cual la obra sea accesible al público no sea prolongado, pues se dificultaría retrotraer la situación.

En cuanto a la neutralidad, piénsese por ejemplo en un autor colombiano. A él le interesará que se aplique la normativa colombiana por ser esta muy proteccionista de los derechos morales. Sin embargo, si su contraparte es estadounidense, ella buscará que se apliquen las disposiciones del *Copyright Act*, que reconocen de manera mucho más limitada este tipo de derechos. Para que una de las partes no se vea favorecida en caso de presentarse una controversia, lo ideal sería que acordaran aplicar una legislación ajena a ellas cuyo estándar de protección sea intermedio.

En relación con la confidencialidad y privacidad inherentes a los procesos arbitrales, se ha entendido que son útiles en casos de patentes, modelos de utilidad, secretos empresariales y *know how*. Esto se debe a que implican información confidencial que perdería su valor si es expuesta al público. No obstante, dicha utilidad no se agota en estas materias, pues también puede predicarse de conflictos relativos a derechos morales de autor. En efecto, en los casos de divulgación de una obra sin autorización de su autor, un proceso judicial aumentaría la exposición de la obra, violando aún más la esfera íntima del creador y, por tanto, generándole mayores perjuicios.

Conforme a lo expuesto, no hay duda de que el arbitraje internacional trae consigo beneficios para las personas que eventualmente se vean envueltas en una controversia relacionada con derechos morales de autor. La facultad de escoger árbitros con experticia técnica, la celeridad que con frecuencia caracteriza al trámite arbitral, la posibilidad de optar por una legislación neutral y de que el proceso sea confidencial y privado, garantizan en mayor medida los derechos de las partes en contienda. De ahí la importancia de estudiar los fundamentos jurídicos que permiten reconocer la arbitrabilidad de este tipo de disputas, tal como se hace a lo largo de este capítulo.

## **B. LEY APLICABLE**

Para justificar la arbitrabilidad de los derechos morales, primero es necesario establecer conforme a qué ley<sup>276</sup> debe evaluarse la arbitrabilidad objetiva. Se ha entendido que esta varía dependiendo tanto de la etapa procesal, como del órgano ante el cual se plantee la cuestión<sup>277</sup>. Este es tal vez uno de los temas más debatidos, toda vez que puede suceder que en un mismo estanco procesal exista la posibilidad de aplicar varias leyes, las cuales pueden incluso resultar contradictorias. Lo anterior da cuenta de la gran inseguridad jurídica existente y lleva a concluir que debe unificarse el derecho aplicable en todo el proceso. Desde ya se adelanta que se alude solo a la ley que rige durante el proceso porque la Convención de Nueva York y la Ley Modelo<sup>278</sup> dictan que en sede de reconocimiento y ejecución o de anulación del laudo debe atenderse la ley del país donde se lleva a cabo el trámite. A continuación, se exponen algunas de las alternativas que se tienen en cada una de las oportunidades procesales ante las distintas autoridades competentes.

## **1. AL INICIO DEL PROCESO ARBITRAL ANTE EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE, EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *COMPETENCE-COMPETENCE***

Un primer momento procesal en el que se puede objetar la no arbitrabilidad de un asunto es al comienzo del trámite arbitral ante los árbitros. La parte demandada puede oponerse a su jurisdicción por considerar que la controversia no es arbitrable. En este evento, el tribunal debe pronunciarse al respecto en un laudo preliminar<sup>279</sup>.

El tribunal arbitral no solo debe decidir sobre la arbitrabilidad a petición de parte, sino también de oficio. En virtud del principio *competence-competence* los árbitros tienen el poder de pronunciarse sobre su propia competencia, lo cual comprende la arbitrabilidad. Dado que el tribunal está facultado para juzgar si la controversia es arbitrable, tiene el deber de hacerlo, porque este examen constituye un filtro que ayudará a garantizar la eficacia final del laudo<sup>280</sup>.

En el estudio que los árbitros realicen sobre la arbitrabilidad de la disputa podrían optar por usar varias legislaciones, pues no están atados a ninguna jurisdicción nacional. Por ejemplo, podrían tener en cuenta la del pacto arbitral. El fundamento radica en que si las partes deciden incluirla, su voluntad es que las cuestiones relacionadas con la existencia, validez y eficacia del convenio sean resueltas según esa legislación. Como quiera que la arbitrabilidad es un presupuesto de validez del convenio, se considera que debe ser determinada conforme a la ley que rige dicho acuerdo. Es de resaltar que el Reglamento de Mediación y Arbitraje de la OMPI dispone que el pacto arbitral es

---

<sup>276</sup> En este contexto, la expresión “ley” debe entenderse en sentido amplio, como sinónimo de derecho.

<sup>277</sup> GANDÍA. Op. Cit., p. 99.

<sup>278</sup> A pesar de que la Ley Modelo en sí misma no es un instrumento obligatorio, su contenido ha sido acogido por distintas legislaciones nacionales.

<sup>279</sup> GANDÍA. Op. Cit., p. 90.

<sup>280</sup> Ibid. p. 91



válido cuando cumple con las exigencias de la ley escogida por las partes o de la ley del lugar del arbitraje<sup>281</sup>.

A falta de elección de una ley aplicable al convenio arbitral, se ha señalado que puede utilizarse la ley de la sede del arbitraje o la ley del contrato principal. En cuanto a la ley de la sede, se ha entendido que debe usarse porque la Convención de Nueva York se refiere expresamente a ella<sup>282</sup>. Además, si los árbitros aplican esta ley al decidir la arbitrabilidad *rationae materiae*, blindan el laudo de una futura anulación por esta causa.

Ahora bien, autores como Stavros Brekoulakis consideran que el tribunal arbitral solo debería inclinarse por la ley de la sede si esta tiene alguna conexión territorial con el conflicto que se debe solucionar<sup>283</sup>. Piénsese en un artista colombiano que contrata con una empresa estadounidense para pintar un mural en Nueva York. En el contrato se incluye una cláusula arbitral que establece como sede de arbitraje Alemania. Ante una violación de su derecho moral a la paternidad, el autor decide demandar a la empresa ante árbitros. En ese caso, la legislación alemana no es relevante para la resolución del litigio, por lo tanto, a pesar de que esa sea la sede del arbitraje, los árbitros no deben definir la arbitrabilidad con base en ella. Puede suceder que en Alemania se anule el laudo por considerar que la controversia no es arbitrable<sup>284</sup>. Sin embargo, ello no necesariamente obsta para que la parte que resulte vencedora pueda solicitar su reconocimiento y ejecución en un país diferente<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> “Artículo 61.

a) El Tribunal decidirá sobre el fondo del litigio de conformidad con el derecho o reglas de derecho elegidas por las partes. [...]

b) La ley aplicable al arbitraje será la ley de arbitraje del lugar del arbitraje, a menos que las partes hayan acordado expresamente la aplicación de otra ley de arbitraje y que ese acuerdo esté permitido por la ley del lugar de arbitraje.

c) Un acuerdo de arbitraje será considerado válido si cumple con los requisitos de forma, existencia, validez y alcance ya sea de la ley o de las normas jurídicas aplicables de conformidad con el párrafo a), o bien de la ley aplicable de conformidad con el párrafo b)”.

<sup>282</sup> “Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconoci- miento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, **o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia**; [...]" [Destacado propio]

<sup>283</sup> BREKOULAKIS, Stavros. Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, pp. 111-112.

<sup>284</sup> Este punto merece una aclaración. El autor considera que en los casos en los que la sede no tiene ninguna conexión territorial con la controversia, aunque el litigio no fuera arbitrable bajo su legislación nacional, las cortes tendrían que abstenerse de anular el laudo. Según su razonamiento, las limitaciones en materia de arbitrabilidad objetiva buscan proteger la jurisdicción exclusiva de los jueces nacionales. Entonces, como en este caso los jueces nacionales nunca hubieran tenido jurisdicción para resolver el litigio, su ley nacional nunca se hubiera visto vulnerada. Ibid., p. 108.

<sup>285</sup> La decisión de ejecutar o no un laudo que ha sido anulado dependerá de la visión que tenga el Estado donde se esté llevando a cabo el trámite. Por ejemplo, en Francia los jueces son proclives a reconocer y ejecutar un laudo que

Respecto de la ley aplicable al contrato principal, se ha dicho que si las partes eligen una ley que regule el contrato es plausible pensar que su intención era que dicha legislación gobernara todas las cláusulas contractuales, incluyendo la compromisoria. Esto no desconoce el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, pues tal principio no conlleva una disociación total entre el contrato principal y la cláusula<sup>286</sup>. Lo que pretende es salvaguardar la competencia de los árbitros para pronunciarse acerca de la invalidez del contrato<sup>287</sup>.

Por último, el tribunal puede decidir que la determinación de la arbitrabilidad se haga conforme a la ley del Estado en donde es probable que se solicite el reconocimiento y ejecución, considerando que las decisiones adoptadas por los árbitros deben producir efectos prácticos. No obstante, la aplicación de esta ley plantea dos problemas. Primero, determinar la ley del reconocimiento y ejecución supone anticipar qué parte va a perder el proceso, lo cual además de ser difícil<sup>288</sup>, significa prejuzgar. Segundo, es posible que las partes tengan bienes en varios países. Al árbitro no se le puede exigir que evalúe la arbitrabilidad a la luz de múltiples legislaciones y él tampoco puede saber cuál país va a escoger la parte para ejecutar el laudo.

## **2. AL DEMANDAR ANTE UNA CORTE NACIONAL, A PESAR DE LA EXISTENCIA DE UN PACTO ARBITRAL**

La existencia de un convenio arbitral no impide que alguna de las partes demande ante una corte nacional con el pretexto de que un tribunal arbitral carece de competencia. Esta demanda puede darse antes o después de que se haya empezado a surtir un trámite arbitral. En ambos casos, los dos procedimientos se pueden llevar de manera paralela, si la ley aplicable lo permite<sup>289</sup>.

De acuerdo con el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, el juez remite a las partes a arbitraje, excepto cuando compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Dado que la arbitrabilidad es un problema de validez del pacto, la no arbitrabilidad de una controversia lo tornaría nulo y evitaría la remisión a arbitraje. En estos eventos, los jueces normalmente utilizan su *lex fori* -ley nacional- para resolver el problema. Sin embargo, la aplicación de la ley nacional solo debe darse si existe un conflicto de jurisdicción entre el órgano judicial y el arbitral. En otras

---

fue anulado en el país de la sede. CORREA, Diana. El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral. *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Vol. 7, N° 2, 2008, p. 4.

<sup>286</sup> GANDÍA. Op. Cit., pp. 103-104.

<sup>287</sup> CAIVANO, Roque. El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, N° 13, 2015, pp. 19-20.

<sup>288</sup> Ibid, p. 109.

<sup>289</sup> Así lo establece la Ley Modelo que, si bien no es un instrumento obligatorio, sí ha sido adoptada por muchas legislaciones. “**Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal [...]** 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

palabras, los jueces pueden decidir sobre la arbitrabilidad con base en dicha ley únicamente si la controversia tiene una conexión territorial con ese país. En caso de no existir esa relación territorial, el autor Brekoulakis afirma que la corte nacional debería abstenerse de pronunciarse sobre la arbitrabilidad, dejando esa tarea en manos del tribunal arbitral<sup>290</sup>.

Vale aclarar que el análisis del juez debe ser *prima facie*. Esto se debe al principio pro arbitraje que irradia la Convención, el cual propende porque se interprete de manera estricta cualquier posibilidad de invalidez del acuerdo arbitral<sup>291</sup>. En esta medida, salvo que la no arbitrabilidad de un asunto sea manifiesta, como sucede tratándose de una cuestión penal o del estado civil de las personas, debería prevalecer el arbitraje.

En caso de que el órgano judicial considere que, en efecto, la materia no es arbitrable, esa decisión no es vinculante para ningún tribunal arbitral<sup>292</sup>, por lo cual el proceso arbitral puede iniciarse o seguir sin problema. No obstante, si el país en donde el juez se pronunció negativamente sobre la arbitrabilidad resulta ser la sede del arbitraje, lo más seguro es que el laudo proferido sea posteriormente anulado. Lo mismo ocurriría si es justo en ese país donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo, lo más probable es que la solicitud sea denegada.

### 3. EN LA FASE DE CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO

Una vez emitido el laudo arbitral, las cortes nacionales pueden hacer un control de la arbitrabilidad de la controversia en dos oportunidades. En primer lugar, cuando la parte vencida interpone un recurso de anulación del laudo en el país de la sede por considerar que el objeto del litigio no era arbitrable<sup>293</sup>. En segundo lugar, cuando la parte vencedora solicita el reconocimiento y ejecución del laudo. Aquí es claro que el derecho aplicable para la determinación de la arbitrabilidad es la *lex fori* del país donde se surte el trámite. Lo anterior en virtud de la redacción de los artículos 34.2 b) i) de la Ley Modelo y V.2 a) de la Convención de Nueva York, que se refieren a la ley del país de la sede o la del país en donde se está solicitando la ejecución, respectivamente<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> BREKOULAKIS. Op. Cit., pp. 103-104.

<sup>291</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. El principio *competence-competence*, revisitado. *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, N° 36, 2006, p. 98.

<sup>292</sup> COOK y GARCÍA. Op. Cit., p. 58.

<sup>293</sup> GANDÍA. Op. Cit., p. 96.

<sup>294</sup> GANDÍA. Op. Cit., p. 116.

Es de anotar que hay tres causales en la Ley Modelo<sup>295</sup> y la Convención de Nueva York<sup>296</sup> que podrían ser relevantes. La primera es la que se refiere a la invalidez del pacto en general, la segunda es aquella que contempla explícitamente la no arbitrabilidad de la materia y la tercera es la que alude a la violación del orden público.

Podría pensarse que, como la arbitrabilidad es un presupuesto de validez del pacto, es posible utilizar la primera causal para intentar la anulación del laudo o denegar su reconocimiento y ejecución por haber ventilado una cuestión no arbitrable. Si bien esta consideración es cierta, dada la especialidad de la arbitrabilidad del litigio, la Ley Modelo y la Convención tienen una causal específica para ello, por lo que esta segunda es la que debe invocarse. Por otro lado, en las legislaciones en las que el orden público es el criterio que define las materias arbitrables, las causales relativas a la no arbitrabilidad y a la violación del orden público podrían confundirse. En cambio, en los ordenamientos donde el criterio de arbitrabilidad es diferente, es claro que estas causales constituyen dos argumentos distintos que la parte interesada puede usar a su favor.

Es importante señalar que, en el evento en que el tribunal judicial del país donde se solicite el reconocimiento y ejecución estime que la cuestión no es arbitrable, el laudo pierde su eficacia en dicho Estado. No obstante, la parte a favor de la cual se dictó el laudo puede pedir su reconocimiento y ejecución en todos los demás Estados donde su contraparte tenga bienes. Esto quiere decir que con cada solicitud se abre una nueva oportunidad para que se analice nuevamente la arbitrabilidad de la controversia, debido a que cada Estado fija su política legislativa<sup>297</sup>.

#### 4. HACIA LA UNIFICACIÓN DE LA LEY APLICABLE

---

<sup>295</sup> “**Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral** [...]”

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o [...]

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado”.

<sup>296</sup> “**Artículo V.**

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o [...]

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

<sup>297</sup> Ibid., p. 97.

Vistas las diversas posibilidades de ley aplicable para determinar la arbitrabilidad, no hay duda de que este escenario es desfavorable para la seguridad jurídica de quienes optan por acudir al arbitraje internacional. En los párrafos anteriores se mencionaron apenas las leyes que más frecuentemente se utilizan en los diferentes momentos procesales, pero en la doctrina se distinguen otras<sup>298</sup>, complicando aún más el panorama. Esto hace visible la necesidad de unificar el derecho aplicable durante el proceso, de suerte que tanto jueces como árbitros utilicen un solo estándar para definir si una materia es arbitrable. Como se explica, la noción que mejor resuelve la problemática es la de orden público verdaderamente internacional.

Antes que nada, es preciso recordar que la arbitrabilidad constituye un requisito especial de validez del pacto arbitral. Como ya se dijo, su especialidad radica en que, a diferencia de los demás requisitos, esta propende por la protección de intereses públicos<sup>299</sup>. No es de extrañarse entonces que deba acudirse a una noción de orden público para intentar resolver el problema de la ley aplicable a la arbitrabilidad.

Para entender por qué el orden público verdaderamente internacional debería ser la noción que se utilice para evaluar la arbitrabilidad a lo largo del proceso, primero es conveniente aludir al orden público en general. En la práctica jurídica es común referirse al “orden público” como una limitación a la autonomía de la voluntad. Este concepto aparece como uno de los más etéreos, lo cual se debe principalmente al componente temporal y espacial que lo caracterizan. En efecto, esta noción varía de un Estado a otro y según el contexto histórico, pues está ligada a los intereses que predominan en una sociedad durante un lapso determinado. Es más, ocurre que dentro del mismo ordenamiento jurídico, las distintas ramas del derecho hacen referencia al “orden público” desde diferentes perspectivas, atendiendo a los valores que busca defender cada una de ellas<sup>300</sup>.

Tratando de hacer el concepto menos ambiguo, para efectos del arbitraje internacional la doctrina ha distinguido tres categorías de orden público: nacional, internacional y verdaderamente internacional (o transnacional). El primero es la institución por medio de la cual cada ordenamiento busca garantizar que en sus relaciones jurídicas internas exista prevalencia de los intereses sociales sobre los puramente individuales<sup>301</sup>. Ello se logra limitando la autonomía de la voluntad<sup>302</sup>. Es

---

<sup>298</sup> Por ejemplo, en casos de propiedad industrial se habla de la aplicación de la ley del lugar del registro del derecho. *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>299</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit. pp., 245 y 246.

<sup>300</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitrabilidad y Orden Público*. *Foro jurídico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 12, 2013, p. 66.

<sup>301</sup> Dado que el orden público nacional está dirigido a regular relaciones jurídicas internas, su contenido puede variar radicalmente en atención al Estado de que se trate. En el caso colombiano, por ejemplo, el alcance del orden público interno puede estudiarse en ROLDÁN, Juan. El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, N° 44, 2010, pp. 5-7.

<sup>302</sup> CAIVANO. *Arbitrabilidad y Orden Público*. Op. Cit., p. 67.

claro que esta noción no puede ser la que se aplique en el arbitraje internacional, precisamente porque se limita a cuestiones de índole puramente local.

El segundo, en cambio, sí está pensado para regular las relaciones internacionales. Es por eso que su contenido es más reducido que el del orden público doméstico y su uso como defensa a la aplicación de una ley extranjera es mucho más restringido. Distintas cortes nacionales han definido el orden público internacional al momento de estudiar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, en el caso *Parsons & Whittmore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier*, lo definió como “los principios más básicos de moralidad y justicia de un ordenamiento jurídico” [Traducción propia]<sup>303</sup>. Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana consideró que

[...] se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas<sup>304</sup>.

En sentido similar, el Tribunal Supremo Federal suizo ha dividido el orden público internacional en orden público sustancial y orden público procesal. Según el Tribunal

[u]n laudo es incompatible con el orden público cuando deja de lado los valores más esenciales y ampliamente reconocidos que, de acuerdo con las visiones imperantes en Suiza, deben constituir las bases de cualquier orden legal. [...]

Un laudo es contrario al orden público sustancial cuando viola alguno de los principios fundamentales de la ley aplicable al fondo de la controversia, a tal punto que ya no es consistente con las nociones de justicia y el sistema de valores; dentro de dichos principios se encuentran, en particular, la obligatoriedad de los contratos, el cumplimiento de las reglas de buena fe, la prohibición de abuso del derecho, la prohibición de medidas discriminatorias o confiscatorias, así como la protección de personas incapaces. [...]

El orden público procesal, en el sentido atribuido por el artículo 190 (2)(e) del PILA, garantiza el derecho de las partes a un juicio independiente en cuanto a las pruebas y los hechos presentados al tribunal arbitral conforme a la ley procesal aplicable; el orden público procesal se viola cuando se quebranta alguno de los principios fundamentales y generalmente reconocidos, llevando a una

---

<sup>303</sup> *Parsons & Whittmore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier*. 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974).

<sup>304</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 27 de julio de 2011. Expediente: 11001-0203-000-2007-01956-00

contradicción insoportable con la noción de justicia, que hace que la decisión sea incompatible con los valores reconocidos por un Estado de Derecho<sup>305</sup> [Traducción propia].

Como puede observarse, si bien el orden público internacional apunta a una noción general de justicia, sigue atado a la visión que tenga cada ordenamiento jurídico al respecto. De ahí que se insista en que se trata de un concepto nacional, cuyo contenido tiene matices dependiendo de los principios y valores del Estado que pretenda aplicarlo<sup>306</sup>. Eso quiere decir que cambia según el Estado del que se trate. Entonces, persistiría el problema que se está intentando solucionar, puesto que seguiría habiendo una multiplicidad de leyes que podrían aplicarse. Es por ello que no puede utilizarse para determinar la arbitrabilidad.

Finalmente, el orden público verdaderamente internacional está “constituido por principios de justicia universal capaces de conformar una especie de *ius gentium* o derecho común cosmopolita”<sup>307</sup> [Cursivas del texto original]. Es decir, son principios ampliamente aceptados por la comunidad internacional que, pese a ello, no hacen parte del sistema jurídico de ningún país específico. Esta categoría responde, entre otras, a la idea cada vez más aceptada de que los árbitros no administran justicia en nombre de ningún Estado en particular, sino que más bien cumplen un rol judicial internacional<sup>308</sup>. Lo anterior ha sido respaldado por tribunales como la Corte de Casación francesa, que en el caso *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding* consideró que

[u]n laudo internacional, que no está vinculado a ningún ordenamiento jurídico nacional, es una decisión de justicia internacional cuya validez solo puede ser examinada conforme a las normas aplicables en el país donde se solicita su reconocimiento y ejecución<sup>309</sup> [Traducción propia].

Siguiendo el planteamiento de la Corte, los árbitros no están atados a ninguna jurisdicción estatal. Por tanto, su decisión debe basarse en principios fundamentales de amplio reconocimiento internacional o “reglas transnacionales”. Esto, sin perjuicio de que el juez nacional que estudie el reconocimiento y ejecución del laudo aplique sus propias normas internas, pues él sí se encuentra atado a ellas en virtud del artículo V.2 a) de la Convención de Nueva York.

---

<sup>305</sup> Suiza. Tribunal Supremo Federal (Primera Corte Civil). Sentencia del 3 de marzo de 2014.

<sup>306</sup> Otro ejemplo es España, en donde el orden público internacional hace referencia a “[...] todos los principios y valores fundamentales para el ordenamiento español. Dentro de estos se encuentran los preceptos constitucionales que salvaguardan los derechos fundamentales, los principios rectores de la política social y económica, y por último las libertades básicas consagradas en el tratado de la comunidad europea”. PÉREZ, Elisa. *Derecho internacional privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. I, 2001, p. 163.

<sup>307</sup> MORENO, José. Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. *Lima Arbitration*. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, N° 2, 2007, p. 85.

<sup>308</sup> GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2010, p. 35.

<sup>309</sup> Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*. Sentencia del 29 de julio de 2007.

De forma similar, la Corte de Apelaciones de París, al resolver el caso *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*, afirmó que

[...] excepto en los casos en los que la no arbitrabilidad se debe a la naturaleza de la materia -es decir, cuando esta es de máximo interés para el orden público internacional y excluye de manera absoluta la competencia arbitral debido a la nulidad del convenio de arbitraje-, el árbitro internacional, cuya misión es también garantizar el respeto del orden público internacional, tiene el poder de sancionar las conductas contrarias a la buena fe que debe regir las relaciones entre los socios en el comercio internacional;

[...] en este caso la atribución de fraude promovida por SNCFT contra su co-contratista no es, en sí misma, de naturaleza tal que excluya la jurisdicción arbitral. Incluso teniendo en cuenta que esta parte contratante está estrechamente vinculada a un Estado, ya que el árbitro internacional no debe tener en cuenta los intereses particulares de un Estado contratado a través de empresas nacionales. Por el contrario, tiene plena competencia para, en tal caso, garantizar el respeto del principio de igualdad de las partes<sup>310</sup>

De acuerdo con la Corte, una controversia no sería arbitrable por razones de orden público únicamente cuando el asunto es de “máximo interés para el orden público internacional”. Aunque la sentencia no lo dice de forma explícita, sí da a entender que el orden público verdaderamente internacional es el que debe tenerse en cuenta al momento de juzgar la arbitrabilidad de una materia. Conclusión a la que se llega pues el mismo fallo reconoce que los árbitros no deben velar por los intereses de un Estado en particular y, además, porque las materias que revisten un mayor interés son aquellas que -por regla general- se reconocen como tal por un amplio número de Estados.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos al decidir sobre el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, el cual contribuyó en gran medida a la ampliación de la arbitrabilidad objetiva, pues declaró arbitrables las cuestiones relativas a la legislación que protege la competencia. *Mitsubishi Motors Corp.*, empresa japonesa dedicada a la fabricación de automóviles, celebró un contrato de ventas con *Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, una corporación puertorriqueña cuyo centro principal de negocios estaba en Puerto Rico. En dicho contrato se incluyó una cláusula compromisoria que remitía a las partes a arbitraje en la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial<sup>311</sup>.

Ante una disminución en el mercado de automóviles, *Soler* se encontró con dificultades para cumplir con el número de ventas estipulado. Por ello, solicitó a *Mitsubishi* retrasar o cancelar el envío de los pedidos programados, quien respondió de manera negativa. Asimismo, *Soler* pidió

---

<sup>310</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París. *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*. Sentencia del 29 de marzo de 1991. En: *Revue de l'Arbitrage*, Vol 991, No. 3, p. 479.

<sup>311</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).



autorización para el transbordo de algunos de los vehículos a Estados Unidos y a Latinoamérica, solicitud que tampoco tuvo éxito. Alegando incumplimiento contractual, *Mitsubishi* inició una acción contra *Soler* en marzo de 1982 ante la Corte del Distrito de Puerto Rico. También presentó una solicitud de arbitraje ante la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial. Por su parte, *Soler* negó las acusaciones y demandó en reconvención, argumentando la violación de las leyes federales estadounidenses sobre competencia<sup>312</sup>.

La Corte del Distrito remitió la disputa a arbitraje. Sostuvo que los litigios nacionales sobre competencia no están destinados a resolverse mediante arbitraje, pero no sucede lo mismo tratándose de un contrato internacional. Por lo tanto, la reclamación de *Soler* relacionada con las leyes antimonopolio estaba cubierta por el pacto arbitral. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de Estados Unidos revocó la parte de la decisión de la Corte del Distrito que se refería a las reclamaciones sobre competencia económica<sup>313</sup>.

El caso llegó hasta la Corte Suprema de Justicia, donde los jueces se encargaron de decidir si, tratándose de transacciones internacionales, los tribunales estadounidenses deben ejecutar acuerdos arbitrales que incluyan pretensiones sobre “*antitrust*”. La Corte afirmó que no había razones suficientes para sostener que el arbitraje internacional no era un mecanismo adecuado para resolver este tipo de disputas. Si bien los árbitros internacionales no están sujetos a las leyes de ningún Estado en particular y por eso no tienen ninguna obligación de defender sus disposiciones legales, sí “están obligados a efectuar la voluntad de las partes”<sup>314</sup> [Traducción propia]. En ese sentido, en vista de que la voluntad de las partes fue someter a arbitraje controversias derivadas de las leyes de competencia, el tribunal arbitral debía resolverlas conforme a esa ley nacional.

Ahora bien, aunque las cortes francesas solo hacen alusión a los árbitros, debe entenderse que los jueces también están obligados a fallar conforme a reglas transnacionales cuando se encuentren ante una controversia internacional en la que exista un pacto arbitral. Ello, siempre y cuando todavía no se haya dictado un laudo. Así lo consideró la Corte Suprema de Estados Unidos en el citado caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. El fallo deja claro que una cosa es el orden público nacional y otra el que debe tenerse en cuenta para resolver cuestiones internacionales. Tanto así que afirma que “es necesario que las cortes nacionales subordinen su noción doméstica de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje”<sup>315</sup> [Traducción propia]. Esto no es más que el reconocimiento de la importancia que tiene para el comercio actual este medio de resolución de litigios.

---

<sup>312</sup> Ibid.

<sup>313</sup> Ibid.

<sup>314</sup> Ibid.

<sup>315</sup> Ibid.

En otras palabras, no es correcto afirmar que los jueces no deben aplicar el orden público verdaderamente internacional para definir la arbitrabilidad porque, por regla general, están obligados a fallar usando su legislación nacional. En este punto debe tenerse en cuenta que en los países en los que se ha ratificado la Convención de Nueva York, esta hace parte integral del ordenamiento jurídico nacional. Dado que la Convención propende por el favorecimiento del arbitraje para la resolución de litigios comerciales, adoptar un estándar que salvaguarde este propósito también respeta la intención que los Estados tenían al ratificar la Convención. Adicionalmente, debe considerarse que se trata de una controversia internacional y, por tanto, el juez debe abordarla desde una perspectiva distinta.

Como se estudió, es frecuente que tanto jueces como árbitros se enfrenten a visiones legales diferentes al resolver sobre la arbitrabilidad de una pretensión. Sin embargo, no se le puede pedir al tribunal que conozca y aplique esa multiplicidad de normas. Tampoco sería adecuado usar un mecanismo conflictual para escoger una ley nacional porque se desnaturalizaría el carácter internacional del conflicto. De modo que, en aras de tomar una determinación adecuada -en este caso, decidir sobre la arbitrabilidad de los derechos morales-, lo más conveniente es el uso de reglas transnacionales<sup>316</sup>. Así, solo se excluirían del arbitraje los temas cuyo sometimiento a este mecanismo vulnera los principios que componen el orden público verdaderamente internacional. Esto evita contradicciones en las decisiones de las autoridades que estén involucradas en el proceso y, en últimas, garantiza el acceso efectivo a la justicia.

Asimismo, es necesario considerar que “la arbitrabilidad debe ser decidida atendiendo a los principios generales del arbitraje internacional”<sup>317</sup>. Justamente, la aplicación del orden público verdaderamente internacional hace efectivos esos principios. Los asuntos susceptibles de violar reglas transnacionales son pocos, lo cual se traduce en que bajo este estándar se reducen las materias no arbitrables, garantizando en mayor medida la voluntad de las partes de acudir al arbitraje.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se debe tener presente que los derechos morales no son un tema sensible para la mayoría de los Estados, como sí ocurre con cuestiones de derecho de familia o de derecho penal<sup>318</sup>. Para plantear unas reglas comunes a casi todos los Estados debe partirse de la base de que las limitaciones a la autonomía de la voluntad, al menos tratándose de cuestiones internacionales, deben ser muy restringidas y estar encaminadas a la protección de los valores más

---

<sup>316</sup> Es importante mencionar que el uso de reglas transnacionales para solucionar los problemas derivados de la confluencia de normas nacionales en el arbitraje internacional ha sido planteado por el autor Emmanuel Gaillard refiriéndose únicamente a los árbitros. Para él puede hablarse de un “orden legal arbitral” independiente de los sistemas jurídicos nacionales (GAILLARD. Op. Cit., pp. 37 y 38). No obstante, en este trabajo se insiste en la posibilidad jueces también recurran a estas reglas transnacionales, siempre y cuando no se esté en sede de anulación o de reconocimiento y ejecución.

<sup>317</sup> Laudo parcial CCI N° 15298 de 2009. Citado por Ibid., p. 111.

<sup>318</sup> PERELLA, Naíma. Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y derechos conexos. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*. San Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOBI, 2014, p. 86.

básicos reconocidos por esa pluralidad de Estados. De esta manera, se confirma que las controversias sobre derechos morales pueden decidirse vía arbitraje sin contravenir el orden público verdaderamente internacional.

Ahora, no se puede desconocer que la aplicación de reglas transnacionales como criterio único para analizar la arbitrabilidad objetiva durante el proceso puede causar inquietudes. Por ejemplo, surge el interrogante de qué hacer en los casos en los que las partes pactaron expresamente una ley aplicable al pacto. Usar un instrumento distinto parecería ir en contra de su voluntad. No obstante, debe precisarse que, si bien la arbitrabilidad es un problema de validez del acuerdo arbitral, no es equiparable con los demás requisitos de validez. Como se ha mencionado, la arbitrabilidad está concebida para proteger intereses públicos. Su carácter especial le ha merecido una causal autónoma en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo. Entonces, puede concluirse que la arbitrabilidad también requiere un tratamiento especial respecto de la ley aplicable.

En resumen, la multiplicidad de leyes aplicables al definir la arbitrabilidad de un asunto hace que no exista seguridad jurídica, por lo que es necesario que árbitros y jueces apliquen una sola ley durante el proceso. Esta ley debe ser el orden público verdaderamente internacional, ya que la aplicación de reglas transnacionales es lo que resulta más acorde con la naturaleza internacional de la controversia y con los principios que rigen el arbitraje internacional. Deben rechazarse, por tanto, las otras nociones de orden público propuestas por la doctrina en materia de arbitraje internacional. El orden público doméstico es fácilmente descartable, pues por ser un concepto que propende por la defensa de los valores de cada país, solo aplica a las relaciones jurídicas que se desarrollen dentro de los límites del Estado. En cuanto al orden público internacional, si bien tiene la virtualidad de regular relaciones internacionales, en el arbitraje internacional solo debería ser relevante al momento de anular o reconocer y ejecutar el laudo.

La postura que se presenta en esta tesis no busca de ninguna manera contrariar lo previsto en la Convención de Nueva York y en las legislaciones de los países que adoptan la Ley Modelo. Por consiguiente, el orden público verdaderamente internacional solo puede aplicarse a lo largo del proceso. Si se cuestiona la arbitrabilidad del asunto habiéndose proferido el laudo, ya sea en sede de anulación o al momento de solicitar su reconocimiento y ejecución, se deben usar los criterios establecidos en cada legislación nacional -orden público, libre disposición o patrimonialidad-, que se abordan en el siguiente acápite.

### **C. CRITERIOS NACIONALES PARA DETERMINAR LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA**

Como se ha venido explicando, durante el trámite debería utilizarse el orden público verdaderamente internacional para definir la arbitrabilidad de la materia. Con este estándar, los derechos morales son perfectamente arbitrables. Sin embargo, por mandato expreso de la

Convención de Nueva York<sup>319</sup>, debe acudirse a lo establecido en cada ordenamiento jurídico cuando se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo.

Ahora bien, hasta ahora no es común el uso del orden público verdaderamente internacional para definir qué asuntos son arbitrables. En cambio, se ha echado mano de los criterios de arbitrabilidad adoptados por las distintas legislaciones nacionales -los cuales se expusieron en el primer capítulo de esta tesis-, haciendo una interpretación inadecuada de ellos. Por lo anterior, tradicionalmente los litigios acerca de derechos morales de autor se han excluido del arbitraje comercial internacional.

En general, la aplicación de los criterios nacionales se ha traducido en la existencia de tres posturas respecto de la arbitrabilidad de estos derechos. La primera es la que considera que ninguna diferencia derivada de derechos morales es susceptible de resolverse por arbitraje. Esta visión es la más restrictiva y también la que ha primado en la práctica internacional, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos que basan la arbitrabilidad en el orden público o en la libre disposición de los derechos<sup>320</sup>. La segunda responde a la tendencia hacia la ampliación de la arbitrabilidad objetiva, pues considera arbitrables los aspectos pecuniarios de los derechos morales. Este entendimiento se corresponde con el criterio económico de la arbitrabilidad. Por último, la tercera postura es la de corte más liberal, puesto que reconoce la arbitrabilidad total de los derechos morales. Ello ocurre en los países que se limitan a hacer exclusiones taxativas de temas no arbitrables, que no están relacionados con el derecho de autor.

A pesar de lo anterior, existen fundamentos jurídicos para defender que los conflictos relativos a derechos morales de autor son arbitrables, incluso tratándose de los criterios más restrictivos. A continuación se analizan los criterios nacionales -el orden público, la disponibilidad y el carácter patrimonial de los derechos en litigio- aplicados a los derechos morales. Es decir, se realiza un estudio únicamente sobre las dos primeras posturas mencionadas, por ser las que se resisten a admitir la arbitrabilidad total de los derechos morales. Esto para demostrar que, conforme a una interpretación pro arbitraje de los preceptos legales en cuestión, se puede admitir la arbitrabilidad plena de este tipo de derechos. En esta medida, bien sea que se adopte el uso del orden público verdaderamente internacional durante el trámite para definir la arbitrabilidad y se tengan en cuenta los criterios nacionales solo en la etapa de control judicial del laudo, o que se sigan aplicando únicamente estos criterios, los derechos morales son arbitrables.

## **1. EL ORDEN PÚBLICO**

---

<sup>319</sup> Lo propio sucede en sede de anulación en los países que han acogido el texto de la Ley Modelo.

<sup>320</sup> Aunque normalmente bajo este criterio ninguna disputa relacionada con derechos morales sería arbitrable, hay autores como Ana Montesinos que aceptan la arbitrabilidad de los aspectos económicos, por ser estos disponibles.

A menudo el orden público ha sido usado como argumento para oponerse a la arbitrabilidad de ciertos asuntos. Esto se debe a la existencia de legislaciones en las que el tenor literal de la ley indica que no se pueden llevar a arbitraje cuestiones relacionadas con el orden público, lo cual a primera vista parece muy restrictivo. Es por eso que resulta de una importancia mayúscula estudiar si tratándose de controversias relacionadas con derechos morales es acertado argüir razones de orden público para negar su arbitrabilidad. Para ello, primero se delimita el concepto de orden público que debe tenerse en cuenta. Luego, se realiza un análisis de la evolución jurisprudencial del orden público en relación con la arbitrabilidad objetiva, particularmente del caso francés. Todo esto para concluir que, por regla general, el sometimiento de una diferencia sobre derechos morales de autor al conocimiento de árbitros no supone un problema de orden público.

Retomando el análisis del acápite precedente, es claro que la noción de orden público a la que se refieren los distintos ordenamientos jurídicos no puede ser otra distinta a la del orden público internacional. Debe descartarse de plano el doméstico, pues, se insiste, solo tiene aplicación para relaciones jurídicas internas. En cuanto al verdaderamente internacional, tampoco es relevante en esta instancia, toda vez que la Ley Modelo y la Convención de Nueva York señalan que debe tenerse en cuenta un orden público estatal. Así, la categoría más idónea para evaluar la arbitrabilidad en sede de anulación o reconocimiento y ejecución es el orden público internacional. Lo anterior, porque sirve para regular relaciones jurídicas internacionales, pero, por estar atada a la visión de un Estado en particular, es considerada nacional.

Aclarado el concepto de orden público que debe ser utilizado al analizar la arbitrabilidad de una materia en estas momentos procesales, es importante explicar la evolución que ha tenido el uso de este criterio. El caso francés es muy ilustrativo porque da cuenta de la confianza que con el tiempo ha ganado el arbitraje como un medio idóneo de resolución de disputas internacionales. Dentro de la jurisprudencia francesa es posible distinguir tres etapas. Enseguida, se expone cada una de ellas y se explica el impacto que tienen sobre la arbitrabilidad de los derechos morales.

*Primera etapa: no se pueden llevar a arbitraje cuestiones que involucren normas de orden público.*

En la primera etapa, que se extendió hasta mediados del siglo XX, los tribunales franceses consideraban que no se podía resolver vía arbitraje ninguna cuestión que involucrara normas de orden público<sup>321</sup>. Esta limitación tan grande a la competencia de los árbitros se debía a la desconfianza que se tenía en este medio privado de solución de conflictos. Se pensaba que los árbitros, al ser particulares investidos transitoriamente del poder de administrar justicia, no tendrían en cuenta el interés general al momento de fallar<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> CAIVANO. *Arbitrabilidad y Orden Público*. Op. Cit., p. 68.

<sup>322</sup> TALERO. Op. Cit., p. 170

En el caso *Société Anonyme Agricole v. Torris*, la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo que había decidido un litigio acerca de la venta de cebada. El fundamento fue que el precio estaba regulado por la ley francesa y, en consecuencia, la controversia estaba relacionada con una cuestión que interesaba al orden público. El laudo fue anulado por el solo hecho de haberse examinado una norma de orden público. La Corte no hizo ningún análisis sobre si dicha norma había sido vulnerada<sup>323</sup>.

En principio podría pensarse que, bajo este primer entendimiento de la arbitrabilidad con relación al orden público, las pretensiones acerca de derechos morales de autor no habrían podido ser arbitrables, puesto que las normas que los regulan son imperativas. Es frecuente entender que las expresiones “normas de orden público” y “normas imperativas” tienen el mismo significado. No obstante, esta consideración parece ser errónea.

Por un lado, las normas imperativas son aquellas que las partes no pueden desconocer mediante un acuerdo privado. En palabras de la Corte Constitucional colombiana, se trata de aquellas “que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas”<sup>324</sup>. Por su parte, si bien las normas de orden público tampoco permiten el pacto en contrario, la obligatoriedad no es su única característica. Estas últimas, además, tienen por objeto la protección de un interés general.

El profesor Roque Caivano distingue dos componentes en las normas de orden público. El primero hace referencia a la existencia de un interés general que el legislador debe proteger. El segundo es el instrumento con el cual se llega a esa finalidad, que es la prohibición de apartarse de las normas de interés público a través de un acuerdo de voluntades. Si se quiere, “el primer componente es la causa y el segundo el efecto”<sup>325</sup>. En esta medida, si la imperatividad de la norma no responde a la protección de un interés general, no puede ser considerada de orden público.

Un ejemplo que ilustra lo anterior se encuentra en el Código Civil de Colombia. Entre las disposiciones que regulan la hipoteca, se pueden encontrar varias sobre las cuales el legislador ha dicho expresamente que no puede haber estipulación en contrario. Es el caso de los artículos 2440<sup>326</sup> y 2464<sup>327</sup>, que se ocupan de la venta del bien hipotecado y de los efectos que tiene sobre el acreedor la omisión en el pago, respectivamente. Estas son normas cuya observancia es obligatoria. Sin embargo, tal imperatividad no está inspirada en razones de interés general. No se

---

<sup>323</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París. *Société Anonyme Agricole v. Torris*. Sentencia del 9 de febrero de 1954. Parafraseada en CAIVANO. *Arbitrabilidad y orden público*. Op. Cit., p. 68.

<sup>324</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-597 del 7 de diciembre de 1995.

<sup>325</sup> CAIVANO. *Arbitrabilidad y orden público*. Op. Cit., p. 67.

<sup>326</sup> “**Artículo 2440.** El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”.

<sup>327</sup> “**Artículo 2464.** El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula”.

encuentra que se esté protegiendo un principio o valor que sea fundamental para el Estado colombiano. Entonces, a pesar de que todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público<sup>328</sup>.

En lo concerniente a los derechos morales de autor, como ya se explicó, en todas las legislaciones son inalienables e inembargables y en muchos ordenamientos jurídicos también son irrenunciables e imprescriptibles. Es claro que tales disposiciones son de carácter imperativo. Ahora bien, la razón que justifica esa obligatoriedad puede analizarse desde dos perspectivas. En primer lugar, podría afirmarse que, como los derechos morales pertenecen a la esfera íntima del autor, no tienen vocación de afectar a nadie distinto de él o sus herederos. Así, la imperatividad de las normas sobre derechos morales no podría estar justificada en el resguardo de un interés social y, por tanto, no serían normas de orden público.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que el derecho de autor no solo protege la relación del autor con su obra, sino también la relación de esta con la sociedad<sup>329</sup>, podría considerarse que existe un cierto grado de interés social al establecer el cumplimiento obligatorio de las disposiciones sobre derechos morales. Lo anterior, puesto que las obras dan cuenta del desarrollo cultural de los países. Por eso, al Estado le podría interesar que determinada obra se le atribuya a un nacional suyo o que se mantenga su integridad, interés que puede verse más claramente tratándose de obras reconocidas.

Bajo la primera perspectiva, las normas que regulan los derechos morales de autor no serían de orden público. Por tanto, incluso en la concepción de arbitrabilidad que se tenía en esta primera etapa, las controversias acerca de estos temas hubieran podido ser arbitrables<sup>330</sup>. En cambio, de acuerdo con la segunda visión, tales normas sí serían de orden público, motivo por el cual los litigios que las involucraran no hubieran podido ser conocidos por árbitros. Sin embargo, no es probable que esta distinción entre normas imperativas y normas de orden público se hubiera hecho. Esto implica que, en últimas, los derechos morales no habrían sido arbitrables en ese entonces.

*Segunda etapa: el tribunal arbitral no puede declarar la violación de una norma de orden público.*

La segunda etapa de la jurisprudencia francesa se caracterizó por considerar que la sola invocación de una norma de orden público no impedía que el asunto pudiera ser resuelto por arbitraje. Así, los árbitros podían estudiar asuntos relacionados con el orden público, lo que les estaba vedado era

---

<sup>328</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit., p. 972.

<sup>329</sup> RENGIFO. Op. Cit., p. 49.

<sup>330</sup> Vale aclarar que, como se expuso en el primer capítulo, la legislación francesa establece dos criterios para la determinación de la arbitrabilidad objetiva: el orden público y la libre disposición de los derechos. En este acápite solo se analiza lo relativo al primero.

declarar su vulneración. La prohibición buscaba prevenir que los árbitros desconocieran la importancia de las normas vulneradas<sup>331</sup>.

Esta posición se adoptó en los casos *Sigma v. Bezard* y *Totaliment v. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand*. La Corte de Apelaciones de París aseguró que una cuestión no es arbitrable cuando efectivamente se ha violado el orden público. En este sentido, el tribunal arbitral se podía pronunciar sobre el incumplimiento o la tasación de los daños de un contrato, aunque este se rigiera por algunas disposiciones de orden público, pero no podía declarar su nulidad<sup>332</sup>. El cambio jurisprudencial apuntó a limitar el alcance de la incidencia del orden público en la arbitrabilidad<sup>333</sup>, pues hizo posible que se arbitraran controversias en las que se aplicaban normas de orden público. El límite estaba en que los árbitros no podían declarar su vulneración.

Aunque a primera vista este nuevo planteamiento parece menos restrictivo, para autores como Santiago Talero esta etapa fue la más perjudicial para el arbitraje internacional. Según él, ya que la arbitrabilidad de una materia dependía de que no se hubiera violado el orden público, los árbitros se veían obligados a hacer un análisis de fondo para determinarla. En consecuencia, se confundía el estudio de la arbitrabilidad con la resolución definitiva del litigio<sup>334</sup>.

En relación con la arbitrabilidad de las pretensiones acerca de derechos morales de autor en este momento histórico debe hacerse una doble consideración. En caso de haberse entendido que las normas que regulan estos derechos son solo imperativas, el orden público no podría haber sido utilizado como una variable para negar su arbitrabilidad. Mientras que si se hubiera llegado a la conclusión de que se trata de normas que protegen un interés general, la arbitrabilidad habría dependido de si se declaraba o no su violación.

*Tercera etapa: los árbitros pueden aplicar normas de orden público y declarar su eventual vulneración, sin perjuicio del control judicial posterior en sede de anulación o de reconocimiento y ejecución.*

La evolución del orden público y su impacto sobre la arbitrabilidad objetiva llevó a que el arbitraje internacional cobrara autonomía respecto de la justicia ordinaria. A partir de esta tercera fase, el tribunal arbitral puede conocer una controversia en la cual se invoquen normas de orden público, e incluso sancionar su violación. Esto quiere decir que el tribunal tiene mayor libertad para determinar la arbitrabilidad de una disputa. Las cortes nacionales solo se deben ocupar de hacer

---

<sup>331</sup> TALERO. Op. Cit., pp. 170-171.

<sup>332</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París. *Sigma v. Bezard*. Sentencia del 15 de junio de 1956 y Francia. Corte de Apelaciones de París. *Totaliment v. Comptoir Agricole du Pays Bas Normand*. Sentencia del 15 de junio de 1956. Parafraseados en CAIVANO. *Arbitrabilidad y orden público*. Op. Cit., p. 68.

<sup>333</sup> CAIVANO. *Arbitrabilidad y orden público*. Op. Cit., p. 68.

<sup>334</sup> TALERO. Op. Cit., p. 171.



un control posterior del laudo, ya sea en sede de anulación o al momento de reconocerlo y ejecutarlo.

Este cambio de mentalidad parece estar alejado de lo que preceptúan los artículos 2059 y 2060 del *Code Civil* que, como ya se explicó, supeditan la arbitrabilidad a la libre disposición del derecho y a que la materia no interese al orden público. De hecho, en el caso *Impex v. Malteria Adriatica*, la Corte de Apelaciones de París llegó a afirmar que estas disposiciones no tenían aplicación en el arbitraje internacional<sup>335</sup>. No obstante, en los tres fallos de mayo de 1971 (comúnmente denominados “casos *Impex*”), la posición que tomó la Corte de Casación francesa buscó ser más cautelosa. A pesar de que una de las sentencias confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de París, declaró que argumentos como el de la aplicación exclusiva de los artículos 2059 y 2060 del *Code Civil* al arbitraje nacional eran superfluos<sup>336</sup>.

Al mismo tiempo, al decidir otro de los casos *Impex*, la Corte de Casación confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Colmar<sup>337</sup>. Consideró acertado el planteamiento según el cual los tribunales arbitrales tienen jurisdicción exclusiva para decidir sobre las controversias que se encuentren dentro de los términos del poder que les fue conferido. Lo anterior, sin perjuicio de la revisión que hagan las cortes nacionales al resolver sobre una solicitud de anulación o de reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando una parte reclama que se ha contravenido el orden público<sup>338</sup>.

De acuerdo con lo señalado, puede afirmarse que la Corte de Casación de Francia no ha rechazado de forma expresa el uso de las disposiciones del *Code Civil* sobre arbitrabilidad objetiva para el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la interpretación que se le ha dado a dichos artículos ha sido tan liberal que dista del contenido del texto legal. Con ello, se ha hecho frente a estas normas que son inadecuadas para el cabal desarrollo de este mecanismo de solución de conflictos<sup>339</sup>.

Otro precedente importante que da cuenta de esta evolución acerca de la interpretación del orden público en relación con la arbitrabilidad se encuentra en la sentencia anteriormente citada *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*. En el caso, las partes habían discutido ante un tribunal arbitral, constituido bajo el reglamento de la CCI, cuál de las siete empresas

---

<sup>335</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París. *Impex v. Malteria Adriatica*. Sentencia del 20 de junio de 1969. Parafraseada en GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 330-331.

<sup>336</sup> Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *Impex v. Malteria Adriatica*. Sentencia del 18 de mayo de 1971. Parafraseada en Ibid.

<sup>337</sup> Francia. Corte de Apelaciones de Colmar. *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*. Sentencia del 29 de noviembre de 1968. Parafraseada en Ibid. p. 331.

<sup>338</sup> Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*. Sentencia del 18 de mayo de 1971. Parafraseada en Ibid.

<sup>339</sup> GAILLARD y SAVAGE. Op. Cit., p. 331

resultantes de una escisión efectuada por la empresa Ganz Mavag era cesionaria de los negocios que esta tenía con *SNCFT*. Durante el proceso arbitral, la empresa tunesina argumentó que la escisión de *Ganz* había tenido propósitos fraudulentos y buscaba perjudicar a *SNCFT*. Las empresas *Ganz*, por su parte, alegaron que la escisión había cumplido con todos los requisitos legales y era oponible a *SNCFT*. De modo que solo una de las siete empresas húngaras era la que estaba obligada por la cláusula compromisoria<sup>340</sup>.

En el laudo, el tribunal arbitral declaró que existía una suerte de solidaridad entre las siete empresas y que todas estaban unidas por la cláusula arbitral. Las empresas *Ganz* interpusieron recurso de anulación contra el laudo, invocando la nulidad del pacto en razón de la no arbitrabilidad de la controversia por estar involucrado el orden público. La Corte de Apelaciones de París recordó que

[...] en asuntos internacionales, el árbitro tiene competencia para evaluar su propia competencia en relación con la arbitrabilidad de la disputa a la luz del orden público internacional, y tiene la facultad de aplicar los principios y normas relativos a ese orden público, así de sancionar su posible ignorancia, bajo el control del juez de la anulación<sup>341</sup> [Traducción propia].

Conforme al pasaje antes citado se puede concluir que es clara la competencia de los árbitros para juzgar la arbitrabilidad de las cuestiones que se les plantean, incluso cuando hay de por medio argumentos de orden público, tales como la ilegalidad de un contrato. Lo anterior, sin perjuicio de la revisión que hagan las cortes nacionales competentes. Todo esto implica una política en pro del arbitraje, lo que se traduce en la prevalencia de la voluntad de las partes de resolver sus disputas a través de este instrumento.

Es importante señalar que esta postura a favor del arbitraje no solo ha sido adoptada en Francia, sino también en países como Estados Unidos. Tal posición se observa, por ejemplo, en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, en donde la Corte Suprema de Justicia dictaminó que todo pacto arbitral que pretenda ser ejecutado debe superar un doble examen. El primer paso es determinar que exista un convenio arbitral para esa controversia en particular. Al respecto concluyó que, aunque el acuerdo en comento no especificaba que se someterían a arbitraje reclamaciones con fundamento en las leyes antimonopolio, las cláusulas arbitrales deben interpretarse de forma amplia. Esto se debe a que existe una política federal en pro del arbitraje, por lo que “cualquier duda acerca del alcance de los asuntos arbitrables debe ser resuelta a favor de [este]”<sup>342</sup> [Traducción propia].

Habiendo concluido que sobre el litigio en cuestión sí se ha pactado un arbitraje, el segundo paso consiste en esclarecer si hay prohibiciones legales que anulen esa posibilidad. En otras palabras,

---

<sup>340</sup> *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*. Op. Cit.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 480.

<sup>342</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. Op. Cit.

si a pesar de haberse acordado arbitrar determinados asuntos, existe un límite a la autonomía de la voluntad que lo impide. En el caso concreto, la Corporación desvirtuó la aplicación de la doctrina “*American Safety*”<sup>343</sup> para controversias internacionales. Según esta doctrina, las pretensiones que recaigan sobre las leyes de competencia no son arbitrables.

Adicionalmente, la Corte reiteró que en todo caso los tribunales nacionales tienen la oportunidad de asegurarse de que se protegieron los intereses públicos en la aplicación de las normas antimonopolio en la fase de reconocimiento y ejecución del laudo o la de anulación. También sostuvo que para comprobar si el tribunal arbitral analizó de forma consciente las reclamaciones sobre competencia no se requiere realizar un examen intrusivo. Lo anterior concuerda con que en este momento procesal la revisión sustancial del laudo debe ser mínima<sup>344</sup>. En definitiva, el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* constituye un hito en materia de orden público como criterio definitorio de la arbitrabilidad objetiva, no solo en Estados Unidos, sino a nivel internacional. Ello, pues contribuyó en gran medida a dejar de lado la visión restringida que se tenía del orden público en relación con la arbitrabilidad.

Para aterrizar este análisis del orden público y la arbitrabilidad a los derechos morales de autor, es imprescindible analizar la sentencia proferida por el Corte Suprema de Canadá en el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette*. En 1988, *Desputeaux*, *L’heureux* y *Les Éditions Chouette* se asociaron con el propósito de crear un libro para niños. Entre 1989 y 1995, celebraron varios contratos relacionados con la ilustración del personaje *Caillou*. *Desputeaux* firmó como autora y *L’heureux* como editora. En 1993, las partes firmaron un contrato licenciando el uso de *Caillou*. *Desputeaux* y *L’heureux* se presentaron a sí mismas como coautoras y cedieron algunos derechos de reproducción a *Chouette*<sup>345</sup>.

En 1996, luego de que se presentaran algunos problemas en la interpretación del contrato de licencia, *Chouette* presentó una moción para asegurarse de tener en cabeza suya los derechos de reproducción. A su turno, *Desputeaux* inició su propia moción para que las partes fueran referidas

---

<sup>343</sup> La doctrina es extraída de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos *American Safety Equipment Corp. v. J. P. & Co.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968). Según esta sentencia existen cuatro razones por las que las controversias que involucren leyes de “*antitrust*” no pueden ser resueltas por árbitros. “Primero, los particulares juegan un papel esencial en el cumplimiento de las políticas gubernamentales sobre competencia, iniciando acciones que pretenden el reconocimiento de daños triples (*treble damages*). Segundo, hay una gran posibilidad de que los contratos que dan origen a este tipo de disputas sean de adhesión, por lo que las cláusulas de escogencia de foro incluidas en ellos no son libremente negociadas. Tercero, la resolución de asuntos antimonopolio requieren análisis legales y económicos complejos, por lo que no se adaptan bien a las ventajas de los procesos arbitrales (celeridad, simplicidad y uso de conceptos de sentido común y equidad). Finalmente, tal y como ocurre en materia de guerra, [...] las decisiones acerca de la regulación de competencia en los negocios son muy importantes como para ser dejadas a árbitros que son escogidos de la comunidad empresarial, particularmente a aquellos que provienen del extranjero y que no tienen experiencia o no han estado expuestos a nuestras leyes y valores” [Traducción propia]. Ibid.

<sup>344</sup> Ibid.

<sup>345</sup> Canadá. Corte Suprema. *Desputeaux v. Éditions Chouette*. Sentencia del 21 de marzo de 2003. 2003 SCC 17.

a arbitraje. El Tribunal Superior, al encontrar que no había ninguna reclamación acerca de la existencia y validez del contrato, remitió a las partes a arbitraje. El árbitro decidió que su mandato incluía la interpretación de todos los contratos. Con respecto a la licencia, concluyó que *Chouette* tenía el derecho de reproducción y solo ella estaba autorizada para usar *Caillou* en cualquier forma y por cualquier medio<sup>346</sup>.

*Desputeaux* interpuso un recurso de anulación contra el laudo, entre otras, por considerar que el árbitro había excedido su competencia al pronunciarse sobre los derechos de propiedad intelectual del personaje *Caillou*, especialmente sobre el derecho de paternidad de la obra. La Corte Superior de Quebec descartó la moción de anular el laudo y la Corte de Apelaciones de Quebec revocó la sentencia. Esta última Corporación consideró que el laudo debía ser anulado por varias razones. Para el objetivo de esta tesis, son especialmente relevantes dos. En primer lugar, señaló que la sección 37 de la Ley de Derecho de Autor<sup>347</sup> requiere que las diferencias acerca de la propiedad del *copyright* sean decididas por la Corte Federal o las cortes superiores, por lo que el arbitraje no está autorizado en este campo. En segundo lugar, se refirió al artículo 2639 del Código Civil de Quebec, el cual dispone que “las disputas sobre el estado y la capacidad de las personas u otras materias de orden público no pueden ser sometidas a arbitraje”. Con base en este artículo, la Corte entendió que, por tratarse de un derecho moral, el derecho de paternidad estaba atado a la personalidad de la artista y, por tanto, era de orden público. En esa medida, no era arbitrable<sup>348</sup>.

No obstante, la Corte Suprema de Canadá revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones, dejando el laudo en firme. En relación con el primer argumento, la Corte consideró que la sección 37 de la Ley de Derecho de Autor solo establece el juez competente para conocer las controversias sobre derecho de autor en caso de que las partes no hayan previsto un mecanismo de solución distinto. Aseguró que esa disposición solo podría interpretarse en el sentido de excluir la posibilidad de acudir a arbitraje si así lo dijera expresamente. Una interpretación contraria desconocería la tendencia de hace varias décadas de aceptar, e incluso alentar, el arbitraje comercial internacional como un medio idóneo para solucionar litigios internacionales<sup>349</sup>.

En cuanto al segundo, la Corte reiteró que un laudo solo puede ser anulado -o su reconocimiento y ejecución denegados- cuando sea contrario “a los principios fundamentales relevantes del orden público”. En efecto, declaró que

[u]n error en la interpretación de una disposición legal obligatoria no es base suficiente para anular un laudo por razones de orden público, a menos que el resultado del arbitraje esté en conflicto con

---

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> Canadá. “*Copyright Act 37*. La Corte Federal tiene jurisdicción concurrente con las cortes provinciales para escuchar y determinar todos los procedimientos [...] para el cumplimiento de una disposición de esta Ley o para la ejecución de los remedios proveídos por ella” [Traducción propia].

<sup>348</sup> *Desputeaux v. Éditions Chouette*. Op. Cit.

<sup>349</sup> Ibid.

los principios fundamentales relevantes del orden público. Aquí la Corte de Apelaciones erró al decidir que los casos sobre el derecho de paternidad no pueden ser sometidos a arbitraje pues deben ser tratados de la misma forma que las cuestiones de orden público relacionadas con el estado de las personas y los derechos de la personalidad. En el contexto de la legislación canadiense de derecho de autor, aunque la obra es una “manifestación de la personalidad del autor”, este aspecto está muy alejado de los asuntos relacionados con el estado civil, la capacidad de las personas o el derecho de familia, de acuerdo con el significado del artículo 2639. La Ley de Derecho de Autor se ocupa principalmente del manejo económico del copyright y no prohíbe a los artistas realizar transacciones que involucren sus derechos patrimoniales, o incluso ganar compensaciones por el ejercicio de sus derechos morales<sup>350</sup> [...] [Traducción propia].

Como puede observarse, el fallo da a entender que aun cuando la obra es una manifestación de la personalidad del autor, los derechos que surgen con su creación no deben ser considerados derechos de la personalidad. Además, aclara que el sometimiento a arbitraje de diferencias sobre derechos morales no contraviene los principios fundamentales del orden público. La decisión de la Corte Suprema de no anular el laudo evidencia que, a pesar de la imperatividad de las normas sobre derechos morales de autor, arbitrar estas disputas no contraviene el orden público internacional que, como se ha dicho, es el que se tiene en cuenta en esta etapa procesal.

Así las cosas, la noción de orden público según la cual se define la arbitrabilidad objetiva ha tenido una notable evolución con el transcurrir del tiempo. Esto se debe a que el arbitraje ha ganado cada vez más aceptación en el comercio internacional, llegando a considerarse que este es el foro natural para ventilar controversias comerciales internacionales<sup>351</sup>. En este sentido, las posiciones que prohibían el arbitraje de cuestiones que involucraran el orden público o las que impedían que los árbitros declararan su vulneración, actualmente son anacrónicas. La postura de mayor acogida en los distintos ordenamientos es permitir que se sometan a arbitraje internacional un gran número de asuntos, incluso aquellos que en derecho nacional no serían arbitrables. Lo anterior busca atender de mejor manera la naturaleza internacional de la controversia.

En conclusión, el orden público tiene una estrecha relación con la arbitrabilidad *rationae materiae*. Tanto así que en algunas legislaciones se establece como el criterio que determina si un asunto puede ser resuelto por arbitraje. De ahí la importancia de esclarecer las nociones aplicables al arbitraje internacional que, como se expuso, son las de orden público verdaderamente internacional y orden público internacional.

El primero debería usarse para definir la arbitrabilidad al inicio del proceso -sea ante un juez o un árbitro-. No obstante, esto cambia en la anulación y el reconocimiento y ejecución del laudo, etapas donde se aplica el segundo, siempre que el criterio de arbitrabilidad escogido por el país en cuestión sea el orden público. Con ocasión de los artículos 34.2 b) i) de la Ley Modelo y V.2 a) de la Convención de Nueva York, se puede anular el laudo o denegar su reconocimiento y ejecución

---

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> GAILLARD. Op. Cit., p. 35.

cuando, según la ley del país donde se surte el trámite, el objeto de la controversia no sea arbitrable. En esta medida, el juez debe acudir a los criterios establecidos por su ordenamiento jurídico. Es por ello que en los Estados en donde el orden público define la arbitrabilidad, el juez, de acuerdo con la posición jurisprudencial actual, estudia si el laudo vulnera o no el orden público de su país. Dado que el orden público doméstico se utiliza únicamente en el ámbito nacional, es claro que al que se hace referencia en esta instancia es al internacional.

Este último concepto, a pesar de ser nacional, es mucho más restringido que el de orden público doméstico, pues apunta a la regulación de relaciones jurídicas internacionales. Lo anterior implica que, aunque en principio el criterio de orden público podría considerarse como uno de los más restrictivos, la realidad es otra. En vista de que esta categoría busca proteger apenas los valores más básicos, no son muchas las materias que encuadran en esa definición. Por lo tanto, este primer criterio de arbitrabilidad, aplicado correctamente, no tendría por qué ser restrictivo.

En virtud de lo expuesto, se confirma que las controversias sobre derechos morales pueden decidirse vía arbitraje sin vulnerar el orden público. La pretensión de que se anule o deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo no tendría éxito, pues la decisión que ponga fin a un litigio sobre derechos morales no tiene por qué afectar los principios más básicos de moralidad y justicia de ningún Estado. En consecuencia, bajo este primer criterio de arbitrabilidad, las pretensiones sobre derechos morales de autor son arbitrables.

## **2. DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS EN LITIGIO**

Habiendo demostrado que los derechos morales de autor son arbitrables en aquellos países en los que el orden público define la arbitrabilidad objetiva, en este acápite se aborda el criterio de la disponibilidad de los derechos. Es común asegurar que los derechos morales no son arbitrables porque su titular no puede disponer libremente de ellos. Sin embargo, esta consideración parte de un error: equiparar la disponibilidad sustancial con la disponibilidad procesal del derecho. A continuación, se explican las diferencias entre cada una para concluir que, a pesar de ser derechos inalienables, las pretensiones sobre derechos morales sí se pueden decidir mediante arbitraje sin que exista riesgo de que se anule o deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo. Por ende, al igual que sucede con el primero, este segundo criterio tampoco es tan restrictivo como parece.

En el primer capítulo ya se había adelantado que hay legislaciones en las que se equiparan los asuntos de libre disposición con aquellos que pueden someterse a la justicia arbitral. El fundamento de la adopción de este criterio radica en que el arbitraje es un medio privado de solución de conflictos. Es decir, las partes acuerdan sustraerse de la justicia ordinaria y dejar en manos de particulares investidos transitoriamente del poder de administrar justicia el conocimiento de sus controversias. No es de extrañarse entonces que la piedra angular del arbitraje sea la autonomía de la voluntad, por lo cual, al tiempo que permite a las partes escoger un procedimiento más flexible, les exige tener plena disposición sobre los derechos que pretendan arbitrar.

Lo anterior ha sido señalado a propósito de un análisis de la Ley 60 de 2003 (Ley de Arbitraje). Según la doctrina española,

[I]a exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. [...]

Constituyendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición. [...]

El legislador consideró, con buen criterio, innecesario que la ley incluyese una relación de materias que no son de libre disposición. Como indica la Exposición de Motivos “Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”<sup>352</sup>.

Así, en España se estableció como criterio general de arbitrabilidad la disposición de los derechos, con base en la autonomía de la voluntad que debe regir el arbitraje.

Por su parte, en Perú la Ley de Arbitraje también contempla que “[p]ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”<sup>353354</sup>. Los autores de este país han sostenido que la disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que debe ser determinado en función de la ley vigente. Esta es la que define cuáles asuntos pueden disponerse y cuáles no<sup>355</sup>. Esa consideración evidencia que, tal y como sucede con el criterio de orden público, la expresión “derechos de libre disposición” también es variable e indeterminada.

En lo concerniente a derechos morales de autor, por tratarse de derechos inalienables, la postura mayoritaria ha sido negar la posibilidad de que un órgano distinto al judicial resuelva las

---

<sup>352</sup> FERNÁNDEZ, José. Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003 de arbitraje. En: *La nueva Ley de arbitraje, Estudios de derecho judicial*, 102. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 72, 73, 78.

<sup>353</sup> Perú. Decreto Legislativo No. 1071. Artículo 2.

<sup>354</sup> Hay otras leyes, como el Decreto Legislativo 757 sobre inversión privada, que utilizan el criterio de la patrimonialidad de la controversia.

<sup>355</sup> CASTILLO, Mario, SABROSO, Rita y VÁSQUEZ, Ricardo. Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables? *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica N°. 17, 2008, pp. 33 y 34.

controversias que los involucren. Incluso, se ha llegado a afirmar que la inalienabilidad obedece a que se trata de derechos de la personalidad. En este sentido, se ha dicho que

[n]os hallamos ante una de las áreas más difíciles de determinar su arbitrabilidad, pues son derechos inalienables en el sentido que derivan de la personalidad del autor. La doctrina mayoritaria no ha admitido su arbitrabilidad, alegando que el derecho moral del autor forma parte del derecho fundamental de la integridad moral de la persona y su personalidad, por lo que no es susceptible de arbitraje. No somos, por tanto, partidarios de admitir la arbitrabilidad de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico, al no considerarlos plenamente disponibles por las partes. Sin embargo, son diversas las reivindicaciones en el contexto del arbitraje internacional por la viabilidad del arbitraje de los derechos morales. En nuestra opinión, si bien en principio no somos partidarios de admitir la arbitrabilidad de estos derechos en nuestro ordenamiento jurídico, al no considerarlos plenamente disponibles por las partes, debemos ser conscientes de que algunos derechos morales sí que son renunciables y pueden ser objeto de un acuerdo contractual, y por tanto, susceptibles de someterse a arbitraje. Tengamos en cuenta que los derechos morales en ocasiones comportan cierto valor económico, como ocurre a título de ejemplo, en aquellos supuestos en los que la violación de los mismos permite que se exija una responsabilidad patrimonial de carácter económica<sup>356</sup>.

De manera similar, Elena Martínez García sostiene que

[e]l derecho moral, en cuanto supone una extensión de la personalidad del autor, quedará excluido de un posible arbitraje. Nada impide que- a la vista de la práctica internacional donde se admite el arbitraje en materia de patentes, licencias o marcas- la autonomía de la voluntad también pudiera alcanzar a estos derechos. Pero hoy por hoy, en cuanto que se trata de un derecho irrenunciable, no parece susceptible de arbitraje<sup>357</sup>.

De los extractos citados es importante hacer varias precisiones. En primer lugar, para la primera autora son arbitrables los aspectos económicos de los derechos morales, toda vez que estos sí son “renunciables”. Por cuestiones metodológicas, lo relativo a las cuestiones económicas se aborda en el siguiente acápite.

En segundo lugar, pareciera que ambas autoras concluyen la inalienabilidad de los derechos morales con base en su caracterización como derechos de la personalidad, siendo esto último el motivo por el cual quedan excluidos del arbitraje. Esa afirmación es equivocada. En el segundo capítulo de este trabajo, en el acápite correspondiente a la naturaleza jurídica, se demostró que el derecho de autor es un tipo de propiedad especial compuesto por facultades patrimoniales y morales.

---

<sup>356</sup> MONTESINOS. Op. Cit., p. 13.

<sup>357</sup> MARTÍNEZ, Elena. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, p. 79.



A diferencia de lo que ocurre con los derechos de la personalidad, el derecho de autor no es innato al ser humano, no se extingue con la muerte del autor, no está destinado únicamente a la protección del creador y, al menos en su faceta patrimonial, puede ser objeto de transacciones jurídicas comerciales. Por lo anterior, si bien los derechos morales son inalienables, es erróneo sostener que esa característica se fundamenta en el hecho de que sean derechos de la personalidad. Si este fuera el verdadero obstáculo para admitir la arbitrabilidad de los derechos morales, ya habría sido superado, pues ni el derecho de autor en general, ni los derechos morales en específico, son de la personalidad del autor.

En tercer lugar, las autoras desaciertan al equiparar la inalienabilidad de los derechos morales con su irrenunciabilidad, haciendo parecer que es esta última la que imposibilita el arbitraje. Como se explicó, la inalienabilidad impide que el titular de un derecho efectúe cualquier acto de disposición sobre él. En cambio, la irrenunciabilidad implica que no puede comprometerse a no ejercerlo. Tan clara es esta diferencia que el artículo 6*bis* del Convenio de Berna limita su cesión pero no se pronuncia sobre su renuncia. Algo similar ocurre en países como Estados Unidos e Inglaterra donde se puede renunciar a los derechos morales, a pesar de seguirse considerando inalienables.

Adicionalmente, no es correcto afirmar que la irrenunciabilidad del derecho es la que obstaculiza su arbitrabilidad. No hay duda de que llevar a arbitraje un conflicto relacionado con derechos morales de ninguna manera supone renunciar a ellos. Por el contrario, lo que se hace cuando se acude a la justicia arbitral es ejercerlos efectivamente. En esa medida, este planteamiento doctrinal no es de recibo. Ahora, lo que sí ocurre al suscribir un pacto arbitral es que se dispone sobre los derechos sobre los cuales recae dicho acuerdo, por eso es que la inalienabilidad de los derechos morales, en principio, sería el verdadero impedimento para admitir su arbitrabilidad.

No obstante, considerar que los derechos morales están relegados del arbitraje porque no se pueden ejercer actos de disposición sobre ellos es equivocado. Para sustentar esta afirmación, es importante señalar que la disponibilidad de los derechos tiene dos facetas. Por un lado, la disponibilidad en sentido sustancial, que corresponde al concepto definido arriba, es decir, a la posibilidad que tiene el titular de enajenar o licenciar su derecho. Por el otro, existe una disponibilidad procesal, que se refiere a la facultad de escoger el foro donde se ventilarán las controversias que surjan con relación a él. Para efectos de determinar la arbitrabilidad de un litigio, la faceta de disponibilidad que debe observarse es esta última.

En efecto, cuando las distintas legislaciones disponen que son susceptibles de arbitraje los “derechos de libre disposición” debe entenderse que se refieren a aquellos que procesalmente se pueden disponer. Esta interpretación es la más acorde con la tendencia actual que apunta a la promoción del arbitraje como medio de solución de conflictos en el comercio internacional y, por consiguiente, busca alentar la expansión de la arbitrabilidad objetiva. Además, debe tenerse en

cuenta que sustraerse de la justicia ordinaria no significa transferir o licenciar el derecho. Por tanto, a pesar de someter a arbitraje un litigio sobre derechos morales, se deja a salvo su inalienabilidad.

Lo anterior ha sido respaldado a nivel doctrinal, jurisprudencial y legal. Profesores como Roque Caivano han asegurado que la indisponibilidad y la no arbitrabilidad son dos instrumentos distintos que no siempre coexisten sobre los mismos derechos. Afirma que aun cuando los derechos que no son arbitrables normalmente tampoco pueden disponerse, no sucede así a la inversa, pues no todas las normas que establecen derechos indisponibles impiden llevar a arbitraje las controversias relacionadas con ellos. Esto únicamente ocurre en los eventos donde

[...] además de la indisponibilidad del derecho sustantivo, el legislador establece la indisponibilidad del derecho a recurrir a los Tribunales Judiciales para dirimir las disputas que afecten a aquel. En estos casos, la imperatividad recae tanto sobre el derecho cuya tutela es exigida por razones de orden público, como sobre la exclusividad de la jurisdicción judicial; es imperativo el reconocimiento del derecho sustantivo y la vía por la que ese reconocimiento debe procurarse<sup>358</sup>.

De esta manera, si la ley no se refiere expresamente a la prohibición de acudir a arbitraje para resolver un litigio sobre un derecho de carácter indisponible, debe entenderse que ese asunto es arbitrable. En todo caso, el legislador está en libertad de definir las materias en las que considere conveniente limitar la disponibilidad en sentido procesal.

En el mismo sentido, Naíma Perella ha señalado que decidir una controversia sobre derechos morales de autor en sede arbitral no equivale a disponer de derechos que son inalienables. En palabras de la autora,

[e]xtender la arbitrabilidad hacia los derechos morales de autor, sin embargo, no es lo mismo que decir que estos derechos morales de autor son disponibles. El autor no negocia sus derechos morales en arbitraje, sino que busca su tutela como lo haría ante un juez estatal. El árbitro está tan atado a la ley cuanto el juez, con raras excepciones. Así como el autor no puede concordar con una disposición contractual que atente contra su honor, el árbitro no puede ordenar la disposición de un derecho moral del autor<sup>359</sup>.

No hay duda entonces de que reconocer la arbitrabilidad de los derechos morales no contraviene su carácter indisponible. Ello pues, se reitera, lo que pretende el legislador al prohibir la libre disposición de un derecho es asegurar que el titular no va a ser privado de él.

---

<sup>358</sup> CAIVANO. *Arbitrabilidad y Orden Público*. Op. Cit., p. 76. Es preciso recordar la diferencia que anteriormente se expuso entre normas imperativas y normas de orden público. Hay que aclarar que el autor argumenta que las normas que consagran la indisponibilidad de un derecho son de orden público, pues buscan tutelar un interés general. Sin embargo, también llega a la misma conclusión acerca de la arbitrabilidad tratándose de normas imperativas. Es decir que el hecho de que una norma establezca la indisponibilidad de un derecho (sea que se considere de orden público o imperativa), no impide *per se* que las controversias vinculadas a él sean resueltas vía arbitraje.

<sup>359</sup> PERELLA. Op. Cit., p. 83.

Por su parte, la jurisprudencia también ha adoptado esta postura. Ello sucede, por ejemplo, en el emblemático caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* anteriormente citado. Vale la pena recordar que uno de los argumentos presentados por *Soler* para oponerse a la ejecución del pacto arbitral era que una parte de las reclamaciones estaba vinculada con derechos reconocidos por la ley que no se derivaban del contrato y, por ende, no estaba cubierta por la cláusula compromisoria. Estos derechos, además de estar regulados por normas de orden público, no se podían disponer. En este punto, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos afirmó que

[c]uando se acuerda llevar a arbitraje una reclamación por la violación de una ley, la parte no renuncia a los derechos sustanciales conferidos por dicha ley; solamente somete [la] resolución de [la controversia] a un foro arbitral en lugar de uno judicial. Cambia el procedimiento y la oportunidad de que una corte resuelva por la simplicidad, informalidad y celeridad del arbitraje. **Debemos asumir que, si el Congreso hubiera pretendido que la protección sustancial otorgada por determinada ley incluyera una protección en contra de la renuncia al derecho de acudir al foro judicial, esa intención sería deducible del texto legal o de sus documentos preparatorios**<sup>360</sup> [Traducción propia] [Destacado propio].

Tal como sostuvo la Corte, de la indisponibilidad sustancial de un derecho no se desprende su no arbitrabilidad. Esto, puesto que el carácter judicial o arbitral de un tribunal no repercute de ninguna forma sobre el derecho sustantivo en litigio. En consecuencia, se considera que la justicia arbitral deja incólume la intención de protección del legislador y, por eso, la exclusión del arbitraje debe ser expresa<sup>361</sup>.

Así mismo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia del 13 de julio de 2015, señaló que elegir someter una controversia a arbitraje implica apenas disponer del camino procesal para ponerle fin. Adicionalmente, el hecho de que la materia esté total o parcialmente regulada por normas imperativas no es óbice para que los árbitros decidan. El Tribunal argumentó

[...] que el sometimiento a arbitraje signifique disponer del cauce procesal para la elucidación del Derecho no puede servir de excusa [...] para desechar de un modo total y absoluto que la imperatividad de la normativa reguladora de una materia pueda ser indiciaria de su carácter indisponible, y mucho menos para excluir la necesidad de esa ponderación por el propio Tribunal arbitral o por esta Sala, justificando tal exclusión en el deber del árbitro de aplicar dicha normativa...

---

<sup>360</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. Op. Cit.

<sup>361</sup> La necesidad de que en la ley exista una prohibición expresa de renunciar a tutela por vía judicial para admitir que un asunto no es arbitrable ha sido reiterada en sentencias posteriores de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, en los casos *Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 483 (U.S. S.Ct. 1989) y *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 132 S.Ct. 665 (U.S. S.Ct. 2012).

Ni la presencia de normas imperativas puede conducir al absurdo de reducir el arbitraje al enjuiciamiento de controversias sobre materias reguladas solo por normas dispositivas<sup>362</sup> [...]

De este modo, puede afirmarse que acordar acudir al arbitraje para solucionar un conflicto sobre derechos morales no es más que disponer de la vía procesal, no de la sustancia del derecho. Entonces, ni la indisponibilidad de estos derechos, ni la imperatividad de las normas que los regulan serían un obstáculo para ello.

La legislación mexicana da cuenta de esta posición. La Ley Federal del Derecho Autor establece que “[e]l derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable”<sup>363</sup>. No obstante, la misma ley tiene un capítulo destinado al arbitraje en el cual consagra que

[e]n el caso de que surja alguna controversia sobre **los derechos protegidos por esta Ley**, las partes podrán someterse a un procedimiento de arbitraje, el cual estará regulado conforme a lo establecido en este Capítulo, sus disposiciones reglamentarias y, de manera supletoria, las del Código de Comercio<sup>364</sup>. [Destacado propio]

Es de resaltar que el artículo citado se refiere a todos los derechos protegidos por la ley, en ningún momento excluye del arbitraje a los derechos morales. Al tiempo, hay que tener presente que en México no existen reglas claras sobre la arbitrabilidad, pero la jurisprudencia estima que un asunto es arbitrable si no está expresamente excluido, es de libre disposición y no afecta el interés público o los derechos de terceros<sup>365</sup>. En esa medida, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico mexicano lleva a concluir que pactar arbitraje de derechos morales no significa que se esté ejerciendo un acto de disposición sobre ellos. Es decir, en México también se distingue entre la disponibilidad procesal y la sustancial. En ese orden de ideas, debe entenderse que se permite arbitrar este tipo de derechos sin restricción alguna<sup>366</sup>.

En definitiva, la indisponibilidad de los derechos puede verse desde dos perspectivas: una sustancial y otra procesal. Entender que es la segunda la que determina la arbitrabilidad de una materia es la interpretación más acorde con los principios rectores del arbitraje. Esta consideración, más allá de ser una mera posición doctrinal, ha sido ratificada con gran acierto por la jurisprudencia y la legislación. Entonces, la inalienabilidad de los derechos morales, que parecía ser un argumento fuerte en contra de su arbitrabilidad, en realidad no lo es. Todo esto conlleva que el criterio de libre disposición no es tan restringido como parece.

---

<sup>362</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Penal y de lo Civil). Sentencia No. 56/2015 del 13 de julio.

<sup>363</sup> México. Ley Federal de Derecho de Autor. Artículo 19.

<sup>364</sup> Ibid. Artículo 219.

<sup>365</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Op. Cit., p. 249.

<sup>366</sup> PERELLA. Op. Cit., p. 89.

Hasta el momento, se ha demostrado que bajo dos de los tres criterios de arbitrabilidad los derechos morales de autor son arbitrables y, por tanto, no se podría anular o denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por esta causa. Enseguida se aborda el tercer criterio, el cual lleva a la misma conclusión.

### **3. CARÁCTER PATRIMONIAL DE LA CONTROVERSIA**

Tradicionalmente, quienes adoptan la patrimonialidad como determinadora de las materias arbitrables han reconocido únicamente la arbitrabilidad de los aspectos económicos relacionados con derechos morales. Sin embargo, la naturaleza jurídica del derecho de autor permite que los derechos morales en su totalidad también sean arbitrables bajo este criterio. Asimismo, la frontera borrosa que muchas veces existe entre los derechos morales y patrimoniales impide separar unos de otros. De manera que la solución más acorde con los principios de economía procesal y de autonomía de la voluntad es que, dada la existencia de un pacto arbitral válido, todas las controversias cubiertas por él se resuelvan por arbitraje. Acoger esta postura también previene que se presenten decisiones contradictorias.

Como es sabido, las legislaciones de países como Alemania y Suiza consideran arbitrables las cuestiones de carácter patrimonial. Aterrizando este concepto a los derechos morales de autor, a primera vista solo sería arbitrable aquello que tenga algún tipo de interés económico. Esto incluye, entre otras, las indemnizaciones de perjuicios por la vulneración de algún derecho moral, pues

[...] los derechos morales en sí mismos no se confunden con la indemnización por su violación. [...] [E]s posible expresar el valor del derecho moral de autor en términos pecuniarios, y sería viable, al fin y al cabo, que un autor renunciara a ser indemnizado por la violación de un derecho al que no renuncia. Esta comprensión no niega el vínculo inquebrantable del autor con los derechos morales sobre sus obras, que queda indisponible<sup>367</sup>.

Ahora, es importante aclarar que los aspectos económicos de los derechos morales no se limitan a las indemnizaciones por su vulneración. También comprenden las compensaciones económicas por la renuncia a los derechos morales en aquellos ordenamientos en los que es posible y las reclamaciones derivadas del ejercicio del derecho de retracto.

No está de más recordar que la definición de arbitrabilidad basada en la patrimonialidad de los asuntos es mucho más liberal que los criterios antes analizados. En efecto, afirmar que son arbitrables las cuestiones patrimoniales o de interés económico es una visión más amplia de la arbitrabilidad que la ofrecida por el orden público y la libre disposición, porque la intención del

---

<sup>367</sup> PERELLA. Op. Cit., p. 82.

legislador es abarcar la mayor cantidad de materias. De esta manera, se busca excluir del arbitraje internacional sobre todo reclamaciones de tipo penal o de familia<sup>368</sup>.

En Suiza la legislación preceptúa que son arbitrables las causas que involucren un interés económico. Sus cortes han considerado entonces que todas las causas con un “valor pecuniario” pueden ser objeto de un acuerdo de arbitraje<sup>369</sup>. Aunque es comprensible la postura adoptada por la jurisprudencia y aun cuando la doctrina ha entendido que esta es una interpretación amplia de la disposición legal<sup>370</sup>, un estudio más detenido comprueba que, en ocasiones, ese planteamiento podría dar lugar a resultados indeseados.

Por ejemplo, cuando el titular de un derecho patrimonial de autor pretende que un tribunal arbitral declare que efectivamente el derecho está en cabeza suya, el demandante solo busca asegurar la titularidad del derecho, no obtener ningún reconocimiento económico<sup>371</sup>. En estricto sentido, tal pretensión no tiene un valor pecuniario, así que, de adoptarse la posición jurisprudencial suiza, este litigio no sería arbitrable. Sin embargo, hay consenso en que los derechos patrimoniales pueden someterse a arbitraje, luego no tendría sentido que una ley tendiente a ampliar la arbitrabilidad objetiva lleve a una conclusión contraria.

Del mismo modo, sería contradictorio sostener que los derechos morales no son arbitrables bajo este criterio por no tener en sí mismos un valor económico. Como se ha demostrado, las controversias acerca de estos derechos son susceptibles de ser decididas por árbitros según los criterios de orden público y libre disposición, que son más restrictivos que el analizado ahora. Entonces, concluir que a la luz de legislaciones más liberales los derechos morales no son arbitrables constituiría una paradoja.

Teniendo en cuenta las consideraciones de los párrafos precedentes, es necesario plantear una interpretación distinta que responda de mejor manera a la intención del legislador. Así, debe entenderse que, cuando la ley establece que son arbitrables las cuestiones patrimoniales o las que tengan un interés económico, no necesariamente tiene que existir un aspecto monetario en la controversia. En cambio, debe analizarse la naturaleza jurídica de los derechos en contienda para ver si de ella se desprende un carácter patrimonial, en cuyo caso se podrían someter a arbitraje.

En el capítulo anterior de este trabajo se realizó un estudio acerca de la naturaleza jurídica del derecho de autor. Además de desvirtuar que los derechos morales son derechos de la personalidad del creador, también se aclaró que la verdadera naturaleza jurídica del derecho de autor es la de un

---

<sup>368</sup> BORN. Op. Cit., pp. 960-961.

<sup>369</sup> *Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA v. Oto Melara SpA, M. and others.* Op. Cit.

<sup>370</sup> BORN. Op. Cit., p. 960.

<sup>371</sup> Esto fue lo que sucedió en el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* resumido anteriormente. Debido a los problemas de interpretación que surgieron en torno al contrato, la editorial *Chouette* inició una acción para que se declarara que se le habían cedido los derechos de reproducción sobre *Caillou*.

derecho de propiedad especial. En ese sentido, se acogió la tesis monista en su vertiente patrimonial.

En efecto, el derecho de autor es un derecho de propiedad especial pues permite al creador ejercer el dominio sobre su obra. En general, el autor es el titular originario y es él quien, de manera exclusiva, decide cómo explotarlo. Por ejemplo, puede hacerlo directamente o autorizar a un tercero mediante una licencia. Cosa distinta es que el derecho de autor, por el mismo objeto que regula, tenga especiales características que lo distinguen de la propiedad tradicional de los códigos civiles.

En primer lugar, el objeto sobre el cual recae es un bien intangible -la obra-, contrario a la propiedad clásica que está concebida para bienes tangibles. En segundo lugar, el contenido varía. Mientras que el derecho de autor se compone de prerrogativas morales y patrimoniales, la propiedad tradicional se limita a estas últimas. Tercero, a diferencia del derecho de autor que se adquiere a través de la creación, la propiedad común se adquiere por los modos tradicionales<sup>372</sup>. Finalmente, las facultades patrimoniales -y en algunas legislaciones también las morales- tienen una duración limitada en el tiempo, en oposición a la propiedad tradicional que busca ser perpetua. Por estas particularidades no desaparece la noción de propiedad, simplemente se obtiene una propiedad *sui generis*.

Para efectos del tema de estudio, es importante hacer énfasis en las prerrogativas morales del derecho de autor. Es cierto que estas facultades tienen características especiales, pero forman parte del contenido del derecho de autor y, por tanto, comparten su naturaleza jurídica. En otras palabras, los derechos morales no tienen una naturaleza jurídica distinta, máxime habiendo demostrado ya que no son derechos de la personalidad.

En relación con lo anterior, autores como Karim Youssef insisten en que la definición de los asuntos arbitrables en Alemania y Suiza es bastante amplia y abarca todos los derechos relativos a la propiedad. En su entender este concepto

es probablemente incomparable en la historia moderna del arbitraje. Todos los derechos relacionados con la “*propiedad*”, reales o personales, tangibles o intangibles serían arbitrables. Solo aquellos derechos no-económicos estarían más allá del alcance de la libertad que tienen las partes para acudir a arbitraje. La arbitrabilidad es verdaderamente “universal”; y las partes internacionales tienen la autonomía de arbitrar prácticamente todas las disputas que se presentan en una economía global<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Por ejemplo, la tradición, accesión, prescripción, ocupación o sucesión por causa de muerte.

<sup>373</sup> YOUSSEF, Karim. The Death of Inarbitrability. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, p. 60.

Entonces, si el derecho de autor -incluyendo los derechos morales- es un derecho de propiedad especial, significa que las diferencias que surjan con ocasión de él pueden ser solucionadas a través del arbitraje.

Ahora, puede que exista resistencia a aceptar que la naturaleza jurídica de los derechos morales permite su arbitrabilidad. La creencia de que los derechos morales por uno u otro motivo no son arbitrables está muy arraigada, sobre todo en la doctrina mayoritaria. No obstante, no debe olvidarse que la línea divisoria entre los derechos morales y los patrimoniales es muy delgada. Muchas veces, el ejercicio abusivo de un derecho patrimonial conlleva la vulneración de uno moral. Esto ocurre, por ejemplo, cuando con la transformación de una obra -esté o no autorizada- se viola el derecho a la integridad del autor. También cuando con ocasión de la comunicación pública de una obra se afecta el derecho al inédito por haberla dado a conocer usando alguna forma no convenida. Así, se habla de una

[...] correspondencia imperfecta entre las naturalezas de un daño y de un derecho derivado. Es decir: a veces a un daño moral le corresponde un derecho patrimonial, y viceversa – a veces a un daño patrimonial le corresponde un derecho moral. Es posible, por ejemplo, que se divulgue ampliamente una versión de una obra musical, modificada de tal manera que, no solamente se viola el derecho moral del autor a la integridad de su obra (daño moral), como también se modifica la opinión pública sobre el autor. Esto resulta en una baja de las ventas de sus CDs y del interés en comparecer a sus conciertos (dando origen a un derecho patrimonial)<sup>374</sup>.

En estos casos no es posible escindir el pleito. Si existe un pacto arbitral que cubre la controversia en cuestión, no es viable que lo relacionado con el derecho moral lo conozca una corte nacional, mientras que lo atinente al derecho patrimonial lo decida un tribunal arbitral. Ello, pues para declarar si hubo o no una violación al derecho moral debe determinarse primero si existió un ejercicio abusivo del derecho patrimonial. Además, tampoco sería conveniente dividir la disputa por economía procesal. En consecuencia, para respetar la voluntad de las partes de acudir al arbitraje la solución más apropiada es que todo el litigio sea conocido por árbitros.

En concordancia con lo anterior, distintas cortes han favorecido el arbitraje de los derechos morales, a pesar de la resistencia doctrinal. Es preciso recordar que en el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette*, la Corte Suprema de Canadá decidió no anular el laudo aunque el árbitro se hubiera pronunciado acerca de quién era la autora de *Caillou* (derecho moral de paternidad). La Corte entendió que este problema estaba dentro del alcance material de la cláusula arbitral y era necesario que el árbitro definiera la autoría para saber si el derecho de reproducción se había cedido correctamente a la editorial *Chouette*. Es claro que en esta oportunidad era imposible tratar el derecho moral y el patrimonial de forma separada.

---

<sup>374</sup> PERELLA. Op. Cit., p. 82.



Asimismo, la Corte de Apelaciones de París en el fallo *Zeldin v. Société Éditions Recherches* remitió a arbitraje una controversia acerca del derecho moral a la integridad de la obra. Zeldin, autor de un libro en inglés, transfirió sus derechos patrimoniales a una editora inglesa que, a su vez, transfirió el derecho de traducción al francés a una sub-editora francesa. Los dos contratos contenían cláusulas arbitrales similares. El autor reclamó un incumplimiento contractual imputable a la sub-editora que había comprometido el honor de la obra<sup>375</sup>. Se trata de un caso en el que la transformación de la obra repercutió en el derecho moral a la integridad de la misma. Es de resaltar que esta decisión se tomó en Francia, que es la cuna del *droit d'auteur* y tiene una de las legislaciones más proteccionistas de los derechos morales.

En suma, a pesar de que los derechos morales no tienen contenido económico por sí mismos, son arbitrables a la luz del criterio de la patrimonialidad. No solo sus aspectos pecuniarios, sino todas las controversias que puedan surgir con relación a ellos. Esto se debe a que la interpretación más adecuada de las disposiciones legales que se refieren a este criterio es la que esté más acorde con la intención del legislador. Tal como se demostró, con la adopción del “interés económico” como determinador de la arbitrabilidad se pretendió tomar una posición mucho más liberal que aquella asumida por los países que optan por el orden público o la libre disposición. Por ende, luego de probar que los derechos morales pueden someterse a arbitraje en las legislaciones más restrictivas, no podría concluirse cosa distinta en una más liberal.

Conforme a lo expuesto, debe entenderse que son arbitrables las cuestiones cuya naturaleza jurídica sea patrimonial. En este sentido, los derechos morales -que hacen parte del derecho de autor- son un derecho de propiedad especial, por lo cual su naturaleza es patrimonial. Así, debe admitirse la arbitrabilidad total de este tipo de derechos. En todo caso, los derechos morales tienen una relación estrecha con los patrimoniales, de modo que en muchas ocasiones resulta imposible o al menos inconveniente escindirlos. Por eso, cuando se presenta un litigio que involucra ambas facultades y existe un acuerdo arbitral que lo cubre, debe prevalecer la voluntad de las partes.

#### 4. EL CASO COLOMBIANO

El caso colombiano es bastante particular. La Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) establece un régimen dualista. La sección primera se ocupa del arbitraje nacional y la sección tercera del internacional. En materia de arbitraje nacional se consideran arbitrables las controversias que surjan de derechos de libre disposición<sup>376</sup>. En lo concerniente al arbitraje internacional no existe

---

<sup>375</sup> Francia. Corte de Apelaciones de París. *Zeldin v. Société Éditions Recherches*. Sentencia del 26 de mayo de 1993. Parafraseada en MANTAKOU, Anna. Arbitrability and Intellectual Property Disputes. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, p. 266.

<sup>376</sup> “**Artículo 1.** El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

una disposición clara que se refiera a los asuntos que pueden resolverse por vía arbitral. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que tratándose de litigios internacionales también se aplica el criterio de la libre disposición. Al margen de esta discusión, debe considerarse que los derechos morales son fundamentales en Colombia, por ende, es probable que las cortes nacionales no acepten su arbitrabilidad.

Apartándose de la tendencia mayoritaria, el Estatuto Arbitral colombiano optó por un régimen de arbitraje dualista<sup>377</sup>. Esto quiere decir que el legislador se tomó el trabajo de separar la normativa, considerando las diferencias que existen entre los negocios de carácter nacional y los que se celebran en el ámbito internacional. Con ello, trató de adaptar la legislación relativa al arbitraje internacional a estándares internacionales<sup>378</sup>. Bajo este razonamiento y teniendo en cuenta que no hay norma expresa acerca de la arbitrabilidad para controversias internacionales, no tendría sentido afirmar que el criterio aplicable es el de libre disposición que solo está contemplado para asuntos domésticos.

Aunado a lo anterior, el artículo 62 de la ley señala que la sección correspondiente al arbitraje internacional

[...] no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley [...].

De la lectura del artículo citado puede inferirse la voluntad de ampliar la arbitrabilidad *rationae materiae* en tanto que todas las materias serían arbitrables, salvo las excluidas expresamente por la ley. Si se acogiera esta interpretación habría lugar a concluir que el ordenamiento colombiano es liberal. No obstante, la jurisprudencia ha entendido algo diferente.

En una sentencia reciente, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó el reconocimiento y ejecución de un laudo proferido en Chile. Dentro de su estudio se refirió a la arbitrabilidad diciendo que

[s]egún el ordinal i. del literal b) del artículo 112 de la ley 1563, en concordancia con el literal (a) del numeral 2 del artículo V de la CNY, se denegará el reconocimiento de la providencia cuando el asunto decidido no sea susceptible de solución por vía arbitral.

En Colombia, según los artículos 116 de la Constitución Política y 13 (3) de la ley 270 de 1996, podrá acudir a este mecanismo de solución de conflictos en todos los casos señalados por la ley.

---

<sup>377</sup> RODRÍGUEZ, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, N° 23, 2012, p. 381.

<sup>378</sup> Colombia. Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se dictan normas sobre el arbitraje nacional e internacional y se derogan algunas disposiciones. Exposición de motivos.

A su vez, el canon 69 de la ley 1563 precisó que, en materia comercial internacional, se podrán arbitrar todas las controversias surgidas de relaciones jurídicas determinadas, contractuales o no.

A su vez, el precepto 15 del Código Civil dispone que sólo «[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia».

En suma, la arbitrabilidad objetiva está condicionada a que se trate de controversias comerciales, surgidas de una relación jurídica determinada, sobre derechos de libre disposición y susceptibles de ser renunciados<sup>379</sup>.

El análisis de la Corte Suprema es desafortunado. Además de la conclusión a la que llega, es confuso el razonamiento que utiliza. En principio, parece aceptar que el artículo 69 -referido al arbitraje internacional- no impone límite alguno, sino que establece que se pueden llevar a arbitraje todas las disputas contractuales o extracontractuales. Acto seguido, trae a colación un artículo del Código Civil sobre renuncia de derechos. No se entiende por qué esa disposición es relevante en este caso, pues es claro que cuando se acude a arbitraje no se renuncia a ningún derecho. En caso de que la Corte se refiera a la renuncia a la posibilidad de que un tribunal judicial conozca el litigio, debe aclararse que el derecho en cuestión es el de acceso efectivo a la justicia, la cual no necesariamente es proveída por los jueces. Como si fuera poco, la Corte termina diciendo que en Colombia son arbitrables los derechos de libre disposición y los que pueden ser renunciados, sin explicar por qué incluye el criterio de disponibilidad.

En vista de las observaciones anteriores, puede afirmarse que la posición actual de la jurisprudencia colombiana es acoger el criterio de la libre disposición de los derechos, a pesar de que no hay sustento jurídico para ello<sup>380</sup>. *Prima facie* podría pensarse que, atendiendo al planteamiento expuesto en el acápite relativo a este criterio, los derechos morales serían arbitrables en Colombia. Sin embargo, existe una consideración adicional y es que estos derechos han sido elevados a la categoría de fundamentales por la Corte Constitucional colombiana. En esa medida, parece difícil que un juez colombiano deniegue el recurso de anulación o reconozca y ejecute un laudo que involucre este tema.

La parte final de este trabajo ha estado dedicada a analizar los criterios determinantes de la arbitrabilidad y su aplicación a las controversias cuyas pretensiones involucran derechos morales de autor. Se ha hecho un recorrido desde las legislaciones más restrictivas hasta aquellas que toman una posición intermedia, excluyendo las más liberales, pues estas no suponen ningún problema

---

<sup>379</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 11 de julio de 2017. Expediente: 11001-02-03-000-2014-01927-00.

<sup>380</sup> Debe anotarse que existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional que se refieren a los asuntos arbitrables como aquellos que se pueden transigir. Entre ellos se pueden mencionar las sentencias C-294 de 1995, C-330 del 2000 y SU-174 de 2007. Sin embargo, estos fallos fueron proferidos en vigencia de estatutos anteriores a la Ley 1563, por lo que no deberían ser tenidos en cuenta en la actualidad.

para este tipo de controversias. Luego del estudio realizado queda demostrado que, usando una interpretación pro arbitraje, incluso en los ordenamientos más conservadores, las pretensiones sobre derechos morales pueden resolverse vía arbitral. Esto significa que, por regla general, no existe ningún obstáculo para que un laudo acerca de esta materia se reconozca y ejecute. Ahora, aun cuando no se acepte la propuesta de usar el orden público verdaderamente internacional para resolver las dudas que se presenten sobre la arbitrabilidad a lo largo del proceso, los derechos morales seguirían siendo arbitrables utilizando los criterios nacionales.

## **D. CONSIDERACIONES FINALES**

En este último capítulo se ha demostrado el objetivo central del presente trabajo: la existencia de fundamentos jurídicos para admitir la arbitrabilidad plena de los derechos morales de autor. Para lograrlo, primero se hizo un estudio de las posibles leyes aplicables para evaluar la arbitrabilidad del objeto del litigio. Con ello, se hizo evidente la necesidad de utilizar un solo estándar para valorar la arbitrabilidad durante el proceso. Ese estándar debe estar acorde con el carácter internacional de la controversia, con los principios que rigen el arbitraje internacional y con el fundamento de la arbitrabilidad.

Se concluyó que la categoría que mejor responde a estas necesidades es la de orden público verdaderamente internacional. Esto, pues el fundamento de la arbitrabilidad es la protección de intereses públicos, pero como ni el proceso ni los árbitros están atados a ninguna jurisdicción nacional, debe usarse un concepto que vele apenas por los que son más ampliamente aceptados. Esta noción, además, es la que mejor se adecúa a la tendencia hacia la expansión de la arbitrabilidad objetiva y propende en mayor medida por el respeto a la voluntad de las partes de acudir al arbitraje. Lo anterior, aplicado a los derechos morales, permite deducir que como un litigio sobre estas cuestiones no contraviene los valores más importantes reconocidos por la comunidad internacional, sería perfectamente arbitrable.

Ahora bien, el orden público verdaderamente internacional no puede usarse en la etapa de anulación o de reconocimiento y ejecución del laudo, en virtud de los artículos 34.2 b) 1) de la Ley Modelo y V.2 a) de la Convención de Nueva York. Por eso, el segundo paso del análisis fue referirse a cada uno de los criterios adoptados por los Estados: orden público, libre disposición y patrimonialidad. En relación con el orden público, se explicó que en estas etapas procesales se hace referencia al orden público internacional, pues es el que se encarga de regular relaciones jurídicas internacionales con un enfoque nacional.

Luego, se hizo un recuento histórico de la evolución del entendimiento del orden público como criterio que determina la arbitrabilidad. De acuerdo con la postura actual, solo si el laudo contraría el orden público del país en el que se pretende su anulación habría fundamento suficiente para conceder la pretensión. De igual forma, si lo que se busca es el reconocimiento y ejecución, solo

se podría denegar si el laudo viola el orden público internacional del país donde se surte el trámite. No habría lugar a argumentar que un laudo debe anularse o no reconocerse por resolver una disputa relativa a derechos morales, toda vez que decidir sobre este tipo de pleitos no viola *per se* el orden público internacional de ningún país.

Por otro lado, en cuanto al criterio de disponibilidad se hizo la distinción entre la disponibilidad sustancial y la procesal. Se afirmó que, cuando las leyes establecen que son arbitrables los asuntos que recaigan sobre derechos de libre disposición, debe interpretarse que hacen referencia a la disponibilidad en sentido procesal. En otras palabras, a pesar de que un derecho sea inalienable -indisponible sustancialmente-, si el legislador no se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de escoger un foro que dirima las posibles controversias -faceta procesal-, es susceptible de someterse a arbitraje sin que el laudo se exponga a su anulación o a la denegación de su reconocimiento y ejecución. De esta manera, aun cuando los derechos morales son inalienables, solo dejarán de ser arbitrables cuando el legislador así lo señale de forma expresa.

Sobre el criterio de la patrimonialidad se expuso que, en principio, solo admite la arbitrabilidad de los aspectos económicos de los derechos morales. Sin embargo, se hizo énfasis en que esa conclusión no respeta la intención del legislador. El objetivo de acoger este criterio era ser más liberal que los ordenamientos en donde se había optado por el orden público o la libre disposición como determinadores de la arbitrabilidad. Así, un mejor entendimiento de este tercer criterio es que pueden resolverse mediante arbitraje las cuestiones cuya naturaleza jurídica sea patrimonial. Teniendo en cuenta que ya se había definido que la naturaleza jurídica de los derechos morales es la de un derecho de propiedad especial, todos los aspectos relativos a estos últimos serían arbitrables.

En todo caso, debe considerarse que en múltiples ocasiones se presentan controversias que involucran tanto derechos morales como patrimoniales. En estos eventos, la dificultad de dividir unas de otras pretensiones resulta en que la forma más conveniente de hacer valer la voluntad de las partes sea resolver todo el pleito en sede arbitral. Lo anterior, además de respetar el principio de autonomía de la voluntad, salvaguarda el de economía procesal y evita decisiones contradictorias.

En lo concerniente al caso colombiano, se explicó que el Estatuto Arbitral no fija de forma clara un criterio de arbitrabilidad. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que son arbitrables las controversias sobre derechos de libre disposición. Aunque podría pensarse que con el análisis hecho acerca de este criterio los derechos morales serían arbitrables, en realidad es poco probable que un juez colombiano tome en cuenta esta postura, ya que estos derechos son fundamentales según la Corte Constitucional. Por tanto, se trata de un tema sensible sobre el cual puede haber mayor resistencia a que se decline la jurisdicción ordinaria.

Bajo la propuesta planteada en este trabajo, únicamente en sede de anulación y de reconocimiento y ejecución es pertinente acudir a los criterios planteados en las legislaciones nacionales. Sin embargo, es posible que se siga considerando que deben aplicarse estas leyes durante el proceso. Esta posición, aunque inadecuada, no cambia el hecho de que los derechos morales son arbitrables a la luz de los criterios nacionales.

## CONCLUSIONES

1. Los presupuestos para poder resolver una controversia mediante arbitraje comercial internacional son dos: la internacionalidad y la comercialidad. Esta última debe ser entendida desde una óptica internacional, dejando de lado conceptos nacionales. Así, los derechos morales de autor, que seguramente no están comprendidos en los códigos de comercio, son considerados comerciales a la luz del arbitraje comercial internacional.
2. Todo pacto arbitral se presume válido, a menos que se compruebe que es nulo, ineficaz o inaplicable. Estos supuestos deben valorarse teniendo en cuenta los principios inspiradores de la Convención de Nueva York. Por tanto, siempre que conforme a una interpretación razonable pueda dársele efectos al convenio, el arbitraje debe prevalecer.
3. La naturaleza jurídica del derecho de autor es la de un derecho de propiedad especial. Su especialidad radica en el objeto sobre el cual recae, su modo de adquisición, su carácter limitado en el tiempo y el reconocimiento de facultades morales. Estos rasgos no le quitan los elementos distintivos de la propiedad: el dominio que ejerce el autor sobre su obra y el monopolio de explotación que tiene sobre ella.
4. Los derechos morales no son derechos de la personalidad. No solo porque al hacer parte del contenido del derecho de autor adoptan su misma naturaleza jurídica, sino, además, porque no son consustanciales a la persona, no terminan con la muerte del autor, en algunos ordenamientos jurídicos pueden renunciarse y no buscan proteger al autor en sí mismo. De modo que negar su arbitrabilidad con base en este planteamiento es equivocado.
5. Son muchas las legislaciones que se pueden aplicar para valorar la arbitrabilidad de una materia, escenario que conlleva una gran inseguridad jurídica y desincentiva el uso del arbitraje internacional. Por eso, es deseable la aplicación de un único estándar para analizar la arbitrabilidad, al menos a lo largo del proceso, esto es, antes de proferirse el laudo. El orden público verdaderamente internacional responde a esta necesidad, pues se trata de reglas transnacionales ampliamente aceptadas que, sin embargo, no están vinculadas a ningún Estado en particular. En esa medida, respeta el carácter internacional de la controversia y atiende a los intereses públicos de la comunidad internacional.
6. La arbitrabilidad puede considerarse un requisito de validez del acuerdo arbitral. No obstante, tiene características especiales que la hacen merecer un tratamiento diferenciado. En efecto, la limitación a los asuntos susceptibles de ser arbitrados busca salvaguardar intereses públicos, en contraste con los demás requisitos de validez que propenden por la protección de cuestiones privadas. De ahí que, aun cuando las partes hayan acordado una ley aplicable al pacto arbitral, la arbitrabilidad deba ser analizada de acuerdo con normas transnacionales.
7. Someter a arbitraje una controversia relacionada con derechos morales de autor no contraviene el orden público verdaderamente internacional. Por ende, bajo dicho estándar, cualquier argumento relativo a la no arbitrabilidad de este tipo de disputas fracasaría.

8. Una vez dictado el laudo, es posible volver a cuestionar la arbitrabilidad *rationae materiae* ante las cortes nacionales, sea en el momento de solicitar su reconocimiento y ejecución o al interponer un recurso de anulación. En ninguna de estas oportunidades procesales es posible utilizar el orden público verdaderamente internacional. Por mandato expreso de la Convención de Nueva York y de las legislaciones que han acogido la Ley Modelo, la ley aplicable en estas etapas es la del país donde se surte el trámite.
9. En términos generales, las legislaciones nacionales consagran cuatro criterios para definir la arbitrabilidad, de los cuales tres podrían presentar problemas para admitir la posibilidad de ventilar vía arbitral controversias sobre derechos morales de autor: el orden público, la disponibilidad y la patrimonialidad. Sin embargo, esto se ha debido al entendimiento erróneo que se ha tenido de ellos. Una interpretación pro arbitraje de los criterios de arbitrabilidad lleva a concluir que los derechos morales son plenamente arbitrables.
10. Con respecto al orden público, la postura actual es que podrá denegarse el reconocimiento y ejecución o declararse anulado un laudo cuando este sea contrario al orden público. Es preciso anotar que en este punto debe acogerse la noción de orden público internacional, por ser aquella destinada a regular relaciones internacionales sin perder de vista la perspectiva nacional. Como quiera que un laudo que resuelva pretensiones sobre derechos morales de autor no vulnera por sí mismo el orden público internacional de un Estado, este tipo de controversias son arbitrables.
11. La disponibilidad tiene dos dimensiones: una sustancial y una procesal. La imposibilidad de disponer libremente de los derechos morales hace referencia a la faceta sustancial. Mientras tanto, optar por el arbitraje internacional supone disponer únicamente de la faceta procesal del derecho. Cuando las legislaciones establecen que son arbitrables los derechos de libre disposición, debe entenderse que se alude a su disposición en sentido procesal. Entonces, los derechos morales solo dejarán de ser arbitrables cuando el legislador prohíba de forma expresa su discusión ante árbitros.
12. La naturaleza jurídica de los derechos morales permite que todas las disputas que los involucren sean arbitrables bajo el criterio de patrimonialidad. En otras palabras, a pesar de que los derechos morales no tienen *per se* contenido económico, al ser una manifestación del derecho de propiedad puede entenderse que su naturaleza jurídica es patrimonial. En todo caso, debe considerarse que en muchas ocasiones los litigios relacionados con derechos morales involucran también derechos patrimoniales -cuya arbitrabilidad no se discute-. La relación entre ambos es tan estrecha que resulta imposible, o al menos inconveniente, escindirlos. Por lo cual, para respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, lo más adecuado es que toda la controversia sea conocida por árbitros.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



## A. LIBROS Y MONOGRAFÍAS

BERCOVITZ, Rodrigo *et al.* *Manual de propiedad intelectual*. 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 978-84-9004-906-8.

BONILLA, Juan. *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010. ISBN: 978-84-290-1581-2.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2ª edición. Kluwer Law International, 2014. ISBN: 9789041152190.

BOYTHA, György. *Glosario OMPI de Derecho de autor y Derechos conexos*. Ginebra: OMPI, 1980. ISBN 92-805-0016-3.

BREKOULAKIS, Stavros. Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, pp. 99-120. ISBN: 9789041127303.

COOK, Trevor y GARCÍA, Alejandro. *International Intellectual Property Arbitration*. Kluwer Law International, 2010. ISBN: 9789041127259.

COPYRIGHT OFFICE. *Compendium of the U.S. Copyright Office Practices*. 3ª edición, 2014.

DERAINS, Yves. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas. En: SILVA, Eduardo y MANTILLA, Fabricio. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis. 2005, pp. 191-200.

FERNÁNDEZ, José. Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003 de arbitraje. En: *La nueva Ley de arbitraje, Estudios de derecho judicial*, 102. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 65-176. ISBN 978-84-96809-13-0.

GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999. ISBN: 9789041110251.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

GANDÍA, María. *El Arbitraje frente a los Litigios Internacionales en Materia de Propiedad Intelectual: La Arbitrabilidad y la Adopción de Medidas Cautelares*. Valencia: Aranzadi, 2014. ISBN: 8490593191, 9788490593196.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual. En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo. *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50º aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Novación y acuerdo arbitral. En: SOTO, Carlos. *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. ISBN: 978-958-749-077-0.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. 4ª edición. Ciudad de México: Porrúa, 2014. ISBN: 9786070917950.

GONZALO, Marta. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*. Dykinson: Madrid, 2003. ISBN: 9788497722728.

GUZMÁN, Diego. *Derecho del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. ISBN: 978-958-772-914-6.

HERNÁNDEZ, Patricia. Derechos de autor. En: *Handbook of intellectual property*. Bogotá: Cavelier Abogados, 2017. pp 92-104. ISBN: 978-958-749-749-6.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. Request for the Enforcement of an Arbitration Agreement. En: *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*. 2011, pp. 36-65.

LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavallía S.A., 1993. ISBN: 9233028372.

LOQUIN, Eric y MANCIAUX, Sébastien. El orden público y el arbitraje. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016. ISBN: 9789587386615.

MANTAKOU, Anna. Arbitrability and Intellectual Property disputes. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009, pp. 263-272. ISBN: 9789041127303

MARTÍNEZ, Elena. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002. ISBN: 9788484424765.

O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo I (parte general)*. Madrid: Edersa, 2004, Lección 13ª. ISBN: 8497725409.

PÉREZ, Elisa. *Derecho internacional privado*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. I, 2001.

REDFERN, Alan *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6ª edición. Oxford University Press, 2015 ISBN: 9780198714248.

RENGIFO, Ernesto. *Propiedad intelectual: El moderno derecho de autor*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. ISBN 958-616-277-X.

RÍOS, Wilson. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. ISBN: 978-958-35-0704-5.

RIVERA, Julio. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. 2ª edición. Argentina: Abeledo Perrot, 2014. ISBN: 978-950-20-2652-7.

SCHARAMM, Dorothée *et al.* Article II. En: KRONKE, Herbert *et al.* *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010. ISBN: 9789041123565.

SUN, Wei y WILLEMS, Melanie. *Arbitration in China*. Kluwer Law International, 2015. ISBN: 9789041148407.

TALERO, Santiago. *Arbitraje comercial internacional: instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. ISBN 958350676.

VEGA, Alfredo. *Manual de derecho de autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010.

YOUSSEF, Karim. The Death of Inarbitrability. En: MISTELIS, Loukas y BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Kluwer Law International, 2009. ISBN: 9789041127303.

## **B. ARTÍCULOS**

AGUADO, Luis, PALMA, Luis y PULIDO, Noemí. Derechos de autor. Enfoque económico, evolución y perspectivas. *Revista de Economía Institucional*. Bogotá, 2016, Vol. 18, N° 35, pp. 151-169.

ARAGÓN, Emilia. Contenido del Derecho de Autor, el autor, la obra, limitaciones y excepciones. *Tercer seminario regional sobre la Propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina*. 2004.

BACHAND, Frédérick. Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? *Arbitration International*. LCIA, Vol. 22, N° 3, 2006, p. 463-476.

CAIVANO, Roque. La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene. *Revista de Derecho Privado*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. Edición especial 2012, pp. 3-53.

CAIVANO, Roque. Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro jurídico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 12, 2013, pp. 62-78.

CAIVANO, Roque. El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, N° 13, 2015, pp. 13-39.

CALDERÓN, Gonzalo. Arbitraje Comercial Internacional. *Derecho PUCP*. 1986, Vol. 40, pp. 119-130.

CASTILLO, Mario, SABROSO, Rita y VÁSQUEZ, Ricardo. Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables? *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica N°. 17, 2008, pp. 31-42.

COBAS, María. Protección post mortem de los derechos de la personalidad. *Revista Boliviana de Derecho*. 2013, N° 15, pp. 112-129.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL. Arbitraje Internacional [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2017]. Disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>

CORDERO, Clara. Los Mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad. Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones. Madrid: Iprolex. 2013, N° 1, Vol. 6, pp. 71-110.

CORREA, Diana. El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral. *Revista e-Mercatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Vol. 7, N° 2, 2008, pp. 1-33.

EISEMANN, Frédérick. La clause d'arbitrage pathologique. *Commercial Arbitration—Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974.

FERNÁNDEZ, José. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, 2008, Vol. XXIII, pp. 71-104.

GONZÁLEZ DE COSSÍO. El principio compétence-compétence, revisitado. *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, N° 36, 2006, pp. 89-108.

GOOLD, Patrick. Why the U.K. Adaptation Right Is Superior to the U.S. Derivative Work Right. *Nebraska Law Review*, 2014, Vol. 92, Issue 4, pp. 843-896. [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017] Disponible en: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=nlr>

GÓRGOLAS, Cristina. Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa”. *Revista jurídica de arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*. 2014, pp. 1-6.

GRANIER, Thomas. Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration has Commenced. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Kluwer Law International. 2015, Vol. XII, Issue 45, pp. 108-124.

GUTIÉRREZ, Ana. Una nueva vida animada para Van Gogh. En: *Arcadia*. 2017. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.revistaarcadia.com/cine/articulo/loving-vincent-pelicula-animada-vincent-van-gogh/67033>.

HUGHES, Justin y MERGES, Robert. Copyright and Distributive Justice. *Notre Dame Law Review*. Los Ángeles: Loyola Law School, 2016. Vol. 92, N° 2, pp. 513-577.

Informe del Secretario General de la CNUDMI en su 18° período de sesiones, 25 de marzo de 1985: Comentario Analítico sobre el Proyecto de Texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (A/CN.9/264).

INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. The rights granted by Copyright. *Copyright*. 2015. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: [www.gov.uk/guidance/the-rights-granted-by-copyright](http://www.gov.uk/guidance/the-rights-granted-by-copyright)

MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de arbitraje comercial internacional. *Taller de Arbitraje Comercial Internacional*. 2005. [Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017]. Disponible en: [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/56\\_Apuntes\\_arbitraje.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf)

MISTELIS, Loukas y DI PIETRO, Domenico. New York Convention, Article II [Arbitration agreements]. Concise International Arbitration. 2da edición. Kluwer Law International, 2015, pp. 7-13.

MONROY, Juan. El modo de adquisición originario de los derechos de propiedad intelectual. *La propiedad inmaterial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, N° 6, pp. 99-110.

MONTESINOS, Ana. El Arbitraje en Materia de Propiedad Intelectual. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2013, N° 1. ISBN 978-99974-42-10-9.

MORENO, José. Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. *Lima Arbitration*. Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, N° 2, 2007, pp. 63-105.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *WIPO Caseload Summary*. WIPO Mediation, Arbitration, Expert Determination Cases and Good Offices Requests. [Fecha de consulta: 9 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/en/center/caseload.html>

PERELLA, Naíma. Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y derechos conexos. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*. San Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOBI, 2014, pp. 74-92.

PRYLES, Michael. Inoperative and operative arbitration agreement. *Journal of International Arbitration*. 2006. The Hague, N° 3, Vol. 23, pp. 228-238.

RODRÍGUEZ, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, N° 23, 2012, pp. 379-417.

ROLDÁN, Juan. El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, N° 44, 2010, pp. 1-30. ISSN 1909-7794.

TUSHNET, Rebecca. Naming Rights: Attribution and Law. *Utah Law Review*. Washington D.C: Georgetown Public Law Research, Vol. 2007, No. 3, pp. 781-814. [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2017]. Disponible en: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=facpub>

VÁSQUEZ, María. Comprensión del principio “competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2010, N° 15, pp. 181-196.

### **C. TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Comunidad Andina. Decisión Comunitaria 351 del 17 de diciembre de 1993, por la cual se aprueba el Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos conexos.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886.

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), firmada en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

Organización de las Naciones Unidas. Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Organización de las Naciones Unidas. Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

### **D. LEGISLACIONES NACIONALES**

Alemania. Code of Civil Procedure, de 30 de enero de 1877. *Law Gazette of the Reich*, p. 83. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/index.html#gl\\_p3551](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p3551)

Alemania. Act on Restraints of Competition, de 20 de febrero de 1990. *Federal Law Gazette*, 1990, parte I, p. 235. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html)

Alemania. Law dealing with Copyright and Related Rights. Copyright Law. *Federal Law Gazette*, 9 de septiembre de 1995, S. 1273. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=423012](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=423012)

Alemania. Arbitral Proceedings Reform Act, de 22 de diciembre de 1997. *Federal Law Gazette*, 1997, parte I, p. 3224. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [http://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/LAV\\_alem\\_.pdf](http://laboratorial.fd.unl.pt/media/files/LAV_alem_.pdf)

Argentina. Ley 17454. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. *Boletín Oficial*, 7 de noviembre de 1967. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.elderecho.com.ar/codigos/CPCC.pdf>

Bolivia. Ley N° 1322 del 13 de abril de 1992 sobre el derecho el autor. [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo005es.pdf>

Brasil. Ley 9610 de 19 de febrero de 1998. Lei dos Direitos Autorais e dos Direitos Conexos, altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 febrero de 1998. [Fecha de consulta: 29 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=455223](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=455223)

Canadá. Copyright Act. Revised Statutes of Canada (1985, c. C-42). [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-42/index.html>

China. Arbitration Law of the People's Republic of China. 31 de agosto de 1994. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=182634](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182634)

Colombia. Ley 84 de 26 de mayo de 1873. Código Civil. *Diario Oficial*, 31 de mayo de 1873, No. 2.867. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2017]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Colombia. Ley 23 de 28 de enero de 1982. Sobre derechos de autor. *Diario oficial*, 28 de enero de 1982. [Fecha de consulta :24 de noviembre de 2017]. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>



Colombia. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 12 de julio de 2012, No. 48.489. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017]. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1563\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html)

Ecuador. Código de Comercio. *Suplemento del Registro Oficial*, 20 de agosto de 1960, N° 1202.

Ecuador. Código Civil. *Registro Oficial*, 10 de mayo de 2005. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2017]. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

Ecuador. Ley de Propiedad intelectual. *Registro Oficial*, 28 de diciembre de 2006, Suplemento No. 426. [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=444010](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=444010)

El Salvador. Decreto N° 604, 15 de julio de 1993. Ley de Propiedad Intelectual. *Diario Oficial*, 16 de agosto de 1993, No. 150, Tomo No. 320. [Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-la-propiedad-intelectual>

España. Real Decreto del 24 de julio de 1889. Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 25 de julio de 1889, N° 206 [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2017]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de abril de 1996, No. 97, pp. 14369 a 14396. [Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-8930>

España. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2003, No. 309, pp. 46097 a 46109. [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>

Estados Unidos. Lanham Act. To provide for the registration and protection of trade-marks used in commerce, to carry out the provisions of certain international conventions, and for other purposes. *Government Publishing Office*, 5 de julio de 1946, Public Law 489, Chapter 540, pp. 427-446. [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2017]. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-22>

Estados Unidos. Copyright Act. For the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes. *Government Publishing Office*, 19 de octubre de 1976, Public Law 94-553, pp. 2542-2602. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>

Francia. Code Civil, promulgado el 21 de marzo de 1804. [Fecha de consulta: 16 de enero de 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Francia. Code de la propriété intellectuelle. Texto original promulgado el 1 de julio de 1992. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>

Guatemala. Decreto N° 33 del 19 de mayo de 1998. Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. [Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=408731](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=408731)

Italia. Ley N° 633 del 22 de abril de 1941. Sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=301483](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=301483)

Malasia. Ley 646. An Act to reform the law relating to domestic arbitration, provide for international arbitration, the recognition and enforcement of awards and for related matters. Arbitration Act. *Gazette*, 31 de diciembre de 2005. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/LOM/EN/Act%20646%20-%20Arbitration%20Act%202005.pdf>

México. Ley federal del Derecho de Autor. *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1996. [Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122\\_130116.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_130116.pdf)

Noruega. Ley No. 25 del 14 de mayo de 2004, relating arbitration. Arbitration Act. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [https://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian\\_Arbitration\\_Act.pdf](https://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian_Arbitration_Act.pdf)

Nueva Zelanda. Ley 99 de 1996. Arbitration Act. 2 de septiembre de 1996. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM403277.html>

Paraguay. Ley N° 1328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada el 27 de agosto de 1998. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=129429](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129429)

Perú. Decreto Legislativo N° 822 del 23 de abril de 1996. Ley sobre el Derecho de Autor, publicada el 24 de abril de 1996. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=129302](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=129302)

Perú. Decreto Legislativo N° 1071. Ley de Arbitraje. *El Peruano*, 28 de junio de 2008. [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2018]. Disponible en: [http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion\\_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf](http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf)

Portugal. Decreto Ley N° 63/85 del 14 de marzo de 1985. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=198457](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=198457)

Quebec. Code civil du Québec, 18 de diciembre de 1991. (1991, c. 64) [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991>

Reino Unido. Copyright, Designs and Patents Act, de 15 de noviembre de 1988. Chapter 48. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=309032](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=309032)

Sudáfrica. Ley 42 de 1965. Arbitration Act. 14 de abril de 1965. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/za/za062en.pdf>

Suiza. Federal Act on Private International Law. 18 de diciembre de 1987. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2017]. Disponible en: [http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil\\_act\\_1987\\_as\\_from\\_1\\_1\\_2017.pdf](http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf)

Uruguay. Ley N° 9739 de 17 de diciembre de 1937. Ley sobre Propiedad Literaria y Artística. [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=196343](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=196343)

## **E. JURISPRUDENCIA**

Canadá. Corte Suprema. *Desputeaux v. Éditions Chouette*. Sentencia del 21 de marzo de 2003. 2003 SCC 17.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-597 del 7 de diciembre de 1995.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-282 del 5 de junio de 1997.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 28 de abril de 1998.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-523 del 4 de agosto de 2009.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala Plena). Sentencia del 10 de febrero de 1960.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 27 de julio de 2011.  
Expediente: 11001-0203-000-2007-01956-00.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil). Sentencia del 11 de julio de 2017.  
Expediente: 11001-02-03-000-2014-01927-00.

Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Autor (Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales).  
Sentencia 1-2015-34057 del 19 de agosto de 2016.

Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Autor (Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales).  
Sentencia 1-2015-63182 del 2 de febrero de 2017.

Colombia. Juzgado Once Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Sentencia del 9 de junio de 1995.

Colombia. Tribunal de Arbitramento de AS Colombia Ltda. v. Informática y Gestión S.A. Laudo del 17 de octubre de 2006. Árbitro: Ernesto Rengifo García.

Colombia. Tribunal de Arbitramento Fundación Cardiovascular de Colombia v. Informática Hospitalaria Integrada S.A. - Hospital I. Laudo del 19 de mayo de 2010. Árbitros: Ernesto Rengifo García, Guillermo Zea Fernández y Daniel Peña Valenzuela.

Colombia. Tribunal Superior de Bogotá (Sala Civil). Sentencia 005 2015 34057 del 2 de noviembre de 2017.

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sección 28ª. Auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013.  
España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Penal y de lo Civil). Sentencia No. 56/2015 del 13 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia Nº 1688/1985 del 9 de diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia Nº 5497/1993 del 19 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia N° 4940/2008 del 17 de julio.

Estados Unidos. Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito. *Aggarao v. MOL Ship Management Company*. Sentencia de 16 de marzo de 2012. 675 F.3d 355, 373 (4th Cir. 2012).

Estados Unidos. Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. *American Safety Equipment Corp. v. J. P. & Co.* Sentencia del 20 de marzo de 1968. 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).

Estados Unidos. Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. *Parsons & Whittermore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier*. Sentencia del 23 de diciembre de 1974. 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974).

Estados Unidos. Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. *Chapman Kelley v. Chicago Park District*, sentencia N° 08-3701 del 15 de febrero de 2011. 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011).

Estados Unidos. Corte de Apelaciones del Tercer Circuito. *Rhone Mediterranee Compagnia Francese Di Assicurazioni Eriassicurazoni, Appellant, v. Achille Lauro and others*. Sentencia del 6 de julio de 1983. 712 F.2d 50 (3d Cir. 1983).

Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*. 471 U.S. 539 (1985)

Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia. *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. Sentencia del 2 de julio de 1985. 473 U.S. 614 (1985).

Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co* de 1991. 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282, 113 L. Ed. 2d 358, 1991 U.S.

Estados Unidos. Corte Suprema de Nueva Jersey. *Tahisha Roach v BM Motoring LLC*. Sentencia del 9 de marzo de 2017. No. 077125 (N.J. Mar. 9, 2017)

Francia. Corte de Apelaciones de Colmar. *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*. Sentencia del 29 de noviembre de 1968.

Francia. Corte de Apelaciones de París. *Société Anonyme Agricole v. Torris*. Sentencia del 9 de febrero de 1954.

Francia. Corte de Apelaciones de París. *Impex v. Malteria Adriatica*. Sentencia del 20 de junio de 1969.

Francia. Corte de Apelaciones de París. *Ganz v. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT)*. Sentencia del 29 de marzo de 1991.

Francia. Corte de Apelaciones de París. *Zeldin v. Société Éditions Recherches*. Sentencia del 26 de mayo de 1993.

Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *Impex v. Malteria Adriatica*. Sentencia del 18 de mayo de 1971.

Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *Impex v. P.A.Z. Produzione Lavorazione*. Sentencia del 18 de mayo de 1971.

Francia. Corte de Casación (Primera Cámara Civil). *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*. Sentencia del 29 de julio de 2007.

India. Corte Suprema. *ACC Ltd. v. Global Cements Ltd.* Sentencia del 11 de junio de 2012. (2012) 7 SCC 71.

Laudo parcial CCI N° 15298 de 2009.

México. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, diciembre de 2005. Amparo directo 465/2005. Registro N° 176595.

Singapur. Corte de Apelaciones. *Concrete Pte Ltd v Sato Kogyo (S) Pte Ltd*. Sentencia del 29 de agosto de 2007.

Singapur. Corte de Apelaciones. *HSBC Institutional Trust Services Ltd v. Toshin Development Singapore Pte Ltd*. Sentencia del 27 de agosto de 2012.

Singapur. Tribunal Superior. *Heartronics Corporation v. EPI Life Pte. Ltd. and Others*, 17 de octubre de 2017.

Suiza. Tribunal Supremo Federal (Primera Cámara Civil). *Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA v. Oto Melara SpA, M. and others*. 23 de junio de 1992.

Suiza. Tribunal Supremo Federal (Primera Corte Civil). Sentencia del 3 de marzo de 2014.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial. Proceso 002-IP-2010 de marzo de 2010.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial. Proceso 47-IP-2017, 7 de julio de 2017.

## **F. REGLAMENTOS DE CENTROS DE ARBITRAJE**

Asociación Americana de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje Internacional. 2013. [Fecha de consulta: 11 de febrero de 2018]. Disponible en: [https://www.adr.org/sites/default/files/commercial\\_rules.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/commercial_rules.pdf)

Cámara de Comercio Internacional. Reglamentos de arbitraje y de ADR (amicable dispute resolution). 1998. [Fecha de consulta: 11 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/ReglamentodeArbitajeICC.pdf>.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Reglamento de Arbitraje. 2017. [Fecha de consulta: 11 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://www.camaralima.org.pe/principal/categoria/reglamento-de-arbitraje/656/c-656>.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Reglamento General. 2017. [Fecha de consulta: 11 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros-CAC/Reglamento-general>.

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile. Reglamento de Arbitraje Internacional. 2006. [Fecha de consulta: 11 de febrero de 2018]. Disponible en: [http://www.camsantiago.cl/files/reglamento\\_arbitraje\\_internacional.pdf](http://www.camsantiago.cl/files/reglamento_arbitraje_internacional.pdf).

Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Reglamento de Arbitraje. 2014. [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/>.